جـــــامعـــــة الـــجـــزائـــر
كلـــيـــة الحـــقـــوق
بـــن عـــكـنـون.

# التطليق بطلب من الزوجة في قانون الأسـرة الجزائري
## « مدعما بالاجتهاد القضائي للمحكمة العليا »

**مـ ـذكـرة لنيـل شهـادة الـمـاجسـتير في الـقـ ـانـون**

**« فـ ـرع العـقـود والمسـؤوليـة »**


**من إعداد الطالب :**

➢ اليزيد عيسات

**تحت إشـ ـراف:**

➢ الدكتور عمر بلمامي

جامعة فرحات عباس سطيف


**لـجنة المناقشـة :**

1- الأستـــاذة : دلـيلـة فـركوس « رئـيـســـة ».

2- الأستـــاذ : عـمـر بلمـامي « مشـــــرف».

3- الأستـــاذة : قـويدري خـيـرة « عضـوة منـاقشة ».

السنـة الجامعيـة

2003 – 2002

يقول الله سبحانه وتعالى في كتابه الكريم
بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

**[ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ].**

**صـــدق الله العظيـــــم .**

*« الآية 21 من سورة الروم».*

## مـــــقـدمـــــة :

إن من يرجع إلى بدء الخليقة الإنسانية، يجد أن الزواج، هو اتصال الرجل بالمرأة اتصالاً جنسياً، قد شرعه الله على ألسنة أنبيائه ورسله، وجعـله من أسمى العقود و أعظمها أثرًا، لمـا يتـرتب عنها مـن أحكام مختلفة في النسب والميراث... وتكوين الأسرة التي هي عماد الأمم.

فهو عقد مدني تترتب عليه حقوق و واجبات، فهـو ليس عقد تمليك لعين أو منفعـة كـالبيع والإجارة، بل لـه أهمية كبرى في رفاهية الإنسان، لما يحتوي من طهارة و تقوى. و ميثاق بين الزوجين، وهو عقد مستمر يؤدي إلى المودة و الرحمة، حتى يكاد الزوجان يصبحان شخصا واحدا في جسـدين. ولكن رغم صفة القداسة لعقد الزواج في الشريعة الإسلامية، فإننا نرى في ظروف استثنائية، ترك الباب مفتوحا لفصم عرى الزواج. واعترفت غالبية التشريعات العالمية بالطلاق و التفرقة بين الزوجين، رغم أنه أمر مكروه، و لا يتم اللجوء إليه إلا بعد استنفاذ مختلف سبل الإصلاح.

فالطلاق لا يحدث، إلا إذا استحال استمـرار الحياة الزوجية، نظرًا لما يترتب عـن ذلـك مـن سلبيات عديدة، تلحق أفراد الأسرة، وبه أخذ قانون الأسرة الجزائري ( المواد 47 – 48 و ما بعدها)، - حيث جُعل الطلاق بيد الرجل، و حق من حقوقه إذا يئس من السعادة في حياته الزوجية، و أُعطيّ هذا الحق لأنه ينسجم مع طبيعة الرجال، و ما يمتازون به من أناة و تروٍ وتفكير و تقدير للنتائج مسـبقا، و إدراكهم بتحمل الخسارة المادية و المعنوية الناشئة عن ذلك، وقّدر ظروفه مـنـح لـه هذا الحق. فهل راعى أيضا جانب الزوجة وشعورها، إن هي كرهت زوجها، ولا تطيق المقام معه لخِلقة أو خُلق ؟.

الإجابة على السؤال بنعم. إذ أنه من العبودية، والتعاسة أن تعيش المرأة تحت سلطة رجل تكرهه، بل إن إلزامها بمعاشرته مصيبة كبرى.

لذلك فإن الـشريعة الإسلامية، و من ورائها قانون الأسرة الجزائري، أباحا للزوجة أيضا حـق الانفصال عن زوجها المكروه، ولكن لا يكون لها ذلك، إلا عن طريق القضاء. في حالات عديدة منـها الشقاق و الخلاف و العيوب، وغياب النفقة، و الإعسار با والغياب و الحبس و كل ضرر معتبر شرعا بما في ذلك الضرر الناتج عن تعدد الزوجات، والفاحشة، وغيرها.

حيث تحدث المشرع الجزائري، في الباب الثاني من تقنين الأسرة الجزائري، عن انحلال الزواج بالطلاق، أو الوفاة في المادة 47 ، ثم الطلاق و التطليق، والخلع في المواد من 48 إلى 57. و ركّز في المادة 53 علـى حق المرأة في طلب التطليق عند كل ضرر يمسها يقدره القاضي.

## أسبـاب اختيـار البحـ ـ ـث :

من ضمن الأسباب الداعية إلى اختيار هذا البحث تتمثل في :

- الواقع الاجتماعي المرّ، الناتج عن جهل أو سوء فهم لأحكام و روح قانون الأسرة، بخصوص الحياة الزوجية. سواء في كيفية المعاشرة، أو المحافظة على هذه الرابطة المقدسة واستمراريتها أو إنهائهـا، وعند الضرورة القصوى، حيث انتـشرت ظاهرة غريبة، أصبحت قاعدة عامة، مفادها أن لا انفصال إلا بالطلاق يوقّعه الزوج أو وفاته، أما ما عدا ذلك فلا يجوز، ولو تضررت الزوجة ضررا جسيما معنويا أو ماديا، ببقائها مع زوجـها مجبرة مقيدة، لا مهرب لها، خاصة إذا كان الزّوج قليل الدّين والعلم والوعي. فيلجأ إلى تديدها باستمرار مستعملا هذا السلاح –الطلاق- وهي المسكينة تخشى علـى عائلتـها، و نفسها فتعيش أمة تحت رحمة جاهل يقهرها.

- الوضع المتردي للمجتمع، يبرره الكثير في الداخل و الخارج، بأنه ناتج عن قـانون الأسـرة بالذات في هذا الخصوص. حيث أن الأقاويل كثيرة منها قولهم : ( لقد أعطى الإسـلام للرجـل حـق الطلاق، و ترك المرأة تتخبط في الظلام و الاستعباد، وهذا أمر غير عادل ). ولكن الإسلام ومن ورائـه قانون الأسرة بريء من كل ذلك. و ما هذا إلا تشويه وتحريف، فالإسلام هو أول من حـرر المـرأة، واعتبرها إنسانا كامل الحقوق، و مساوية للرجل لها ما له، وعليهـا مـا عليه، مـع مراعاة الفـوارق الطبيعية بينهما.

- نفـسيا أجد الرغبة والميل إلى هذه المواضيع، المرتبطة بقانون الأسرة للوقوف في وجـه مـن يحـاول أن يشوه صورة الإسلام، بحجج واهية لا أساس لها من الصّحة، وكأن الهدف هو إزالـة كـل القيود الدينية، والقانونية المختلفة، تدريجيا و بالتالي الحرّية التامة حتى أصبحت حدود الله تنتهك علنـا وجهرا، وكل حرام يباح باسم التطور.

## تحـديـد موضـوع البحـث :

لـقد شملت موجة الإصلاحات، التي شهدها العالم العربي، في النصف الثاني من هذا القرن. ولم يشذ في هذه الإصلاحات المشرع الجزائري فجاء قانون الأسرة عام 1984، و من أهم الأمور التي عالجها شؤون المرأة المختلفة. فتحدث في الباب الثاني من التقنين، عن انحلال الزواج، وأورد ذلك في المواد مـن 47 إلى 57، و بعد تحديد أحكام الطلاق، نلاحظ أن المشرع ومن خلال المادة 53 قد شـرع بوضـوح للمرأة، حق طلب التطليق من زوجها، وجعل ذلك حقا لها، يمكنها من رفع دعوى أمـام القضـاء، في حالات حصرتا المادة المذكورة:

- حالة عدم الإنفاق، بشرط جهلها لإعساره وقت الزواج، أما تقدير النفقة، ومـا تشـمله، ومـدة استحقاقها، فقـد حددتا المواد 78-79 –80 من نفس القانون.

- حالة العيوب المختلفة التي تمنع تحقيق الهدف من الزواج.

- حالة الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر، والحكم بعقوبة شائنة، مقيدة لحرية الزوج، لمدة أكثر مـن سنة، فيها مساس بشرف الأسرة، وتستحيل معها مواصلة العشرة الزوجية. وكذلك الغيبة لسـنة دون عذر ولا نفقة، أي أن حقها في طلب التطليق، مقرون بغياب العذر الشرعي، والنفقة الواجبة. وهو الأمر الذي أشار إليه المشرع، في نص المادة 109 ق. أ .ج التي حددت تعريفـ ـ ـا دقيقا للمفقـود بقولها ( المفقود هو الشخص الغائب، الذي لا يعرف مكـانه، و لا يعرف حيـاته أو موته، ولا يعتبر مفقـوداً إلا بحكم ). وجاءت بعدها المادة 110 لتعتبر الغائب كالمفقود، محددة مدة الغياب بسنة كاملة، و تسبب غيابه في الإضرار بالغير، و تدخل الزوجة في مفهوم الغير، وذلك مـا تؤكده المادة 112 عندما تقـول ( لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق، ولا يكون لها ذلك، إلا بصدور حكم قضـائي بالفقـدان، يصدر بطـلب من صاحب مصلحة، بمـا في ذلك الزوجة ) ، حـسب ما يفهم من المـادة 114).

بالإضافة إلى ما تقدم، نجد أن المادة 53 أضافت في الفقرة السابعة، ارتكاب الزوج لفاحشة مبينة، تؤدي إلى استحالة استمرار العلاقة الزوجية، ومن الصور التي تلحق بالفاحشة، الزنا و الخمر والردة. والملاحظ هنا أن المادة في الفقرة السادسة، تقر حق المرأة في طلب التطليق، عند كل ضرر معتبر شرعا، و العبارة مرنة وذات معنى واسع، وتشمل إضرار الزوج لزوجته بالفعل أو القول، بما في ذلك عدم رضا الزوجة الأولى، بالزوجة الثانية عند تعددهن ( المادة 08 )، وكذلك عند انعدام العدل بين الزوجات (المادة 37 الفقرة الثانية )، و يفهم من العبارة أن تقدير الضرر متروك للقاضي، و يمكن الرجوع في ذلك إلى المصدر الأصلي للقانون، وهو الشريعة الإسلامية، طبقا لنص المادة 222 من ق.أ.ج. ومن جهة أخرى، فإن ذلك يجعل هذا القانون مسايرا للعصر، فقد تظهر أمور جديدة تتولد عن التطور، تؤدي إلى الإضرار بالزوجة، وعلى ضوئها يحكم القاضي بما يخدم مصلحة الزوجة، ويدفع الضرر عنها. وهو أمر منطقي منبثق عن صلاحية الشريعة الإسلامية لكل زمان و مكان.

## منـهـجـيـة الـبـحـث :

بعد تمهيد عام مبسط للبحث، وأسباب اختياره، وتحديد موضوعه، فإنه مقسم إلى بابين أساسين يحتوي كل باب منهما على فصلين، فهناك أربعة فصول تعالج الأسباب الشرعية و القانونية الـتي يقـر ق.أ.ج بها للمرأة حق طلب التطليق بإرادتها المنفردة من زوجها متى لحقها ضرر.

- وبقصد التقديم للموضوع جعلنا في البداية فصلاً تمهيدياً، يشمل على مبحثين رئيسيين، يحمل المبحث الأول عنوان : مدخل إلى ق.أ.ج ، ويتفرع إلى ثلاثة مطالب ، الأول حول مفهوم قـانون الأحـوال الشخصية وقانون الأسرة، والثاني يتضمن نظرة تاريخية موجزة حول الأحوال الشخصية في الجزائر قبل و أثناء الاحتلال، و بعد الاستقلال إلى غاية عام 1984 تاريخ صدور قانون الأسرة الجزائري الحالي، أمـا المطلب الثالث فيدور حول مصادر ق.أ.ج وطبيعته.

- أما المبحث الثاني من الفصل التمهيدي فإنه يتناول إنهاء العلاقة الزوجية، أي التطليق وبعض المفـاهيم المرتبطة به مثل الطلاق و الفسخ. حيث نعرف الإنهاء ودليل مشروعيته، وحالات الإنهاء وحاجياتها إلى القضاء، بالإضافة إلى الطلاق و الفسخ، و محاولة استخلاص أوجه الشبة والاختلاف بينـهما، ثم يـأتي المطلب الرابع بعنوان التطليق كحق للمرأة و الحكمة منه، ومتى يجوز للمرأة أن تطلـب التطليـق مـن زوجها؟ والإجابة على ذلك –وهو صميم الموضوع- تتضمنها أربعة فصول منهجيا مدرجة في بـابين

مُتَتِبعاً ترتيب أسباب التطليق ، حسب ما أورده المشرع الجزائري في المادة 53 بفقراتها السبعة والتقسيم يكون إلى بابين :

الباب الأول: يحمل عنوان التطليق للإعسار بالنفقة، وللعيوب.

الباب الثاني : يحمل عنوان التطليق للهجر والغياب و الضرر والفاحشة.

- يحمل الفصل الأول من الباب الأول عنوان التطليق للإعسار بالنفقة، وينقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث، الأول منها يحتوي على النفقة: مفهومها، حكمها، سبب وجوبها، تقديرها، وشروطها في قانون الأسرة الجزائري، وتاريخ استحقاقها، ومسقطاتها.

أما المبحث الثاني فيتعلق بحكم التفريق لعدم الإنفاق، أولا في الفقه الإسلامي باعتبار أن المصدر التشريعي لقانون الأسرة الجزائري هي الشريعة الإسلامية، حيث نبرز أراء الفقهاء في ذلك منهم من قال بعدم جواز التفريق بين الزوجين للإعسار، ومنهم القائلون بجواز التفريق للإعسار، ثم موفق المشرع الجزائري المتضمن جواز التطليق لعدم الإنفاق بتوافر شروط معينة لذلك.

- و نختم هذا الفصل الأول –من الباب الأول- بمبحث ثالث يتمحور حول بعض الأحكام المتعلقة بجواز التفريق، منها مقدار النفقة الموجبة للتفريق وأنواعها و المدة التي تنتظرها الزوجة، ونوع الفرقة الحاصلة بسبب عدم الإنفاق هل هي طلاق رجعي أم بائن .

- يأتي بعد ذلك الفصل الثاني من الباب الأول، ليشمل التفريق للعيوب التي تتولد عنها أضرار تمس الزوجة، ويشمل هذا الفصل على ثلاثة مباحث، نحاول من خلالها معالجة مدى جواز طلب الزوجة التفريق بينها و بين زوجها، إذا أصيب الزوج بعيب يمنع تحقيق الهدف من الزواج.

فبعد إبراز معنى و مفهوم العيوب و أنواعه، نعود إلى الفقه الإسلامي، خاصة المذاهب الأربعة السنية المعروفة، ومواقفها في ذلك منها من قال بجواز التفريق للعيوب، ورفع الضرر على الزوجة متى طلبت ذلك، ومنها فريق ثاني قال بعدم جواز التفريق لذلك، ولكل فريق حجج و أدلة مبرزين موقف المشرع الجزائري من خلال ق.أ.ج (المادة 53 ) وكل ذلك في مبحث أول.

- أما المبحث الثاني فيتضمن أنواع العيوب، المصرح بها، والمسكوت عنها، و الطارئة بعد الزواج.

أما صاحب الحق في اختيار المفارقة الزوج أو الزوجة، وكيفية التفريق عند اشتراط السلامة من العيوب، ونوع الفرقة الواقعة بسبب العيوب هل هي فسخ أم طلاق فكلها نقاط يحتوي عليها المبحث الثالث و الأخير من هذا الفصل.

- بعد الباب الأول يليه الباب الثاني المتضمن لفصلين أساسيين :

الفصل الأول بعنوان التطليق بسبب الهجر في المضجع و الحبس و الفقدان وهي نقاط تتقاسمهـا ثلاثـة مباحث : الأول منها حول الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر، مع التفريق بين الهجر بغرض التأديـب وهو حق للزوج ثابت شرعا وقانونا، وبين الهجر في المضجع و الايلاء المعروف في الشريعة الإسلامية مع ذكر شروط وأحكام الايلاء باختصار، ونخلص إلى الهجر في المضجع لأكثر من أربعة أشهر المقصـود في ق.أ.ج و بذلك يتضح الأمر بين الهجر الوارد في ق.أ.ج (المادة 53 الفقرة الثالثة) ، والمفاهيم المرتبطة به، أما التطليق للحبس أو العقوبة الواقعة على الزوج، ورأي الفقه الإسلامي، وشروط التفريـق لـذلك في ق.أ.ج فيجمعهما المبحث الثاني .

و نختم هذا الفصل بتناول مدى جواز طلب الزوجة للتطليق في حالة غياب زوجها لأكثر من سنة دون عذر أو نفقة،وكذا حالة المفقود، ودور القاضي في ذلك مبرزًا موقف الفقهـاء المسـلمين، والمشـرع الجزائري.

- الفصل الأخير فيشمل على التطليق لكل ضرر معتبر شرعا و الفاحشة المبينة و يشتمل علـى ثلاثـة مباحث، الأول حول التطليق للضرر و الشقاق حيث نبين المقصود بالضرر سواء فعلي أو قولي، سلبي أو إيجابي، ومبرزا رأي الفقه الإسلامي، ثم شروط التطليق للضرر في ق.أ.ج ومنها وقوع الضرر من الزوج مع إعطاء أمثلة للضرر الذي يجيز التطليق و أمثلة أخرى لما لا يعد كذلك ، و بعض الأحكام الخاصـة بالضرر، بالإضافة إلى إبراز دور القاضي خاصة في الإصلاح ثم التحكيم و إجراءاته وشروطه وغير ذلك ، أما المبحث الثاني فهو خاص بالتطليق للضرر المتولد عن التعدد بما في ذلك شروط تعدد الزوجـات في ق.أ.ج ، والحكمة من التعدد ومبرراته.

- أما المبحث الثالث فيحتوي على حالة التطليق للفاحشة المبينة، أحاول إبراز المقصود بالفاحشة وبعض الصور التي تلحق بالفاحشة مثل الزنا، والخمر والردة وهي صور نذكرها على سبيل المثـال فقـط لأن المفهوم واسع الدلالة .

في النهاية أدرجتُ ملحقا خاصا بجملة من الأحكام والاجتهادات القضائية للمحكمة العليا الجزائريـة، وذلك بعد توظيف جملة منها خلال البحث. وفي النهاية تأتي خاتمة البحث وهي عبارة عن جملـة مـن الاستنتاجات التي تبرز حق المرأة في طلب التطليق للضرر في ق.أ.ج و الـتي اسـتقاها مـن الشـريعة الإسلامية، وبذلك يكون قد جعل للمرأة مكانة مرموقة رفيعة، وإنسانة كاملة الحقوق، عكس ما كانت عليه في الأمم و الأديان الأخرى وحتى الحضارة الغربية الحالية.

بالإضافة إلى جملة من الملاحظات و الثغرات، التي لوحظت في ق.أ.ج بخصوص هذا الموضـوع و الـتي نأمل أن يتم سدها مستقبلا ،حتى يصبح لبلدنا قانونا شاملاً كاملاً مكيفا مع واقع المتمـع ومسـايرا للتطور، مثله في ذلك مثل الشريعة الإسلامية الصالحة لكل زمان ومكان.

وأشير إلى أنني اتبعت البساطة في الأسلوب و التهرب من كل تعقيد، متبعا طريقة الرجـوع إلى الأصل التشريعي لقانون الأسرة الجزائري أي الفقه الإسلامي، موضحا مواقف المذاهب الأربعة السـنية المعروفة في كل حالة على حدى باختصار، ثم التطرق إلى موقف قانون الأسرة الجزائري الذي أخـذ في غالب الحالات بالمذهب المالكي، حاله في ذلك حال غالبية التشريعات العربية و الإسلامية، و أدعم من حين لأخر كل حالة من الحالات السبعة التي تضمنتها المادة 53 من ق.أ.ج ببعض الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا، وكذا ذكر بعض المواد القانونية للأحوال الشخصية في سوريا ومصر والمغرب و تونس.

أما بالنسبة للمراجع فإنا متنوعة منها القديم المعروف مثل بداية المتهد لإبن رشد، و موطأ الإمام مالك و صحيح البخاري، ومنها بعض الكتب الجديدة نسبيا كما أنا خليط بين مراجع فقهية إسلامية، وكتب قانونية لأساتذة أفاضل أمثال بدران أبو العينين و وهبة الزحيلي، وفتحي الدريني، ومحمد عزمـي البكري وغيرهم، لكن الملاحظ وجود نقص معتبر في الكتب التي تعالج بالتحليل ق.أ.ج لِتبْيان مـواطن الضعف فيه و الثغرات القانونية التي يجب تنبيه المشرع الجزائري إليها حتى يتسنى لـه معالجتها مستقبلاً.

# الإ هـــــــداء

- إلـى من همـا سببٌ في حضـوري إلـى الـوجـود، الـوالـدين الكريـمين راجيـا من الله تعـالـى أن يطيل عمرهمـا ويحفظهما من كل سوء، ويجنبهما كل مكروه .
- إلى تلك التي وقفت بجانبي دوما، السيدة الفاضلة زوجتي والصغرين وسيمـــــــة وعبـــــــــد الـرحيـــــم.
- إلى أساتذتي الأفاضل منذ الصغر منهم : العم العيد، والعم بلقاسم، وبـاقي أعمـامـي وإلـى الأستـاذ الفـاضل الحـاج مـرزق.
- إلى كل شاب يريد معرفة أحكام الأسرة المسلمة وكيف قنن لها المشرع الجزائري تطلعا لبناء مجتمع مسلم نقي.

إلى كل هؤلاء أهـدي ثمرة جهـدي التي أتمنى أن تحقق خدمة للمجتمع الجزائري والوطن الحبيب.

❀❀❀❀❀❀❀❀❀

# تشكـــرات

- إلـى الأستــاذ الـفـاضـل، والأخ المحـتـرم و الدكتور عمـر بلمـامـي المـشرف على البـحث، هذا الأستـاذ الذي قـدم لـي جميـلاً لـن أنـساه ما حييتُ، حيث سهـر طـوال فترة إنجاز هذا العمل علـى تقـديم النصـح والإرشـاد والتوجيـه القيم بحـكم خبـرتـه الـواسـعة في مـجـال البحـث الـعلمـي.

- إلــى الصـديق الحميم الأستـاذ غـرابـي أحـمـد الذي قـدم لي مساعدة قيمـة طيلة مـدة البـحـث.

- إلـى الجمـاعة الشـابـة الساهرة علـى طبـع هـذا البحـث وتصحيحه وترتـيبـه، خاصـة جمـال أسـراج، وعبد الكريم باجــة .

إلـى كل الـزملاء والأصدقاء اللـذين لم يبخـلوا علـيّ بعونـهم وتشجيعـهم.

- إلى كل هؤلاء أقدم جـزيل شكري وكامل عرفاني بالجميل و إمتنانـي راجيا من المولى عز وجل أن يجزيهم عنـا جميعـا خير جزاء .

❀❀❀❀❀❀❀❀❀

# الفصل التمهيدي .

**التطليق قبل صدور قانون 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري**

إن التشريع الوحيد الذي نظم الأسرة بعد الاستقلال، هو القـانون رقـم 84-11 الصـادر في 1984/06/09م، بعنوان قانون الأسرة ، و الذي مر تقنينه بعـدة مراحل متتالية و متباينة، إلى أن اسـتقر على الشكل الحالي، الذي نراه اليوم. وهو ما اعتبره الكثير من رجال الفقه والقانون، انتصـار كـبير ، استطاع المشرع الجزائري بسنه، وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية. القضاء على كل محاولات التغريب التي تمس بسـيادة الشعب الجزائري، و بشخصيته الإسلامية العربية، والتي ظل محافظا عليها حـتى في عـز أزماته،و وقوعه تحت وطأة المستعمر ، إلا أنه فضل التضحية، بكل ما هو غالي ونفيس للمحافظة علـى كل ما يمت بصلة لانتمائه الإسلامي. و هو ما استطاع المشرع الجزائري تحقيقه ، عند سنه لقـانون الأسرة.

وهـذا مـا سنتطرق له في **الفصل التمهيدي** ، و الذي يعتبر مدخل لدراسة قـانون الأسـرة الجزائري، فقسمناه إلى مبحثين.

**المبحث الأول:** مفهوم كل من قانون الأحوال الشخصية، و قانون الأسرة الجزائري، بالإضافة إلى لمحـة تاريخية عن قانون الأسرة الجزائري، أي في الفترة الممتدة ما قبل الاحتلال الفرنسي، ثم أثناء الاحتلال، ثم الفترة الممتدة من الاستقلال إلى غاية 1984 تاريخ صدور قانون الأسرة الجزائري الحالي، مع إشـارة إلى مصادر وطبيعة هذا القانون، وكل ذلك بشكل مختصر.

**المبحث الثاني** : التطليق و بعض المفاهيم المرتبطة به، حيث نعرج على مفهوم إنهاء العلاقـة الزوجيـة ومشروعية ذلك، مع حالات الإنهاء وحاجاتها إلى القضاء ثم نتطرق إلى الفسخ والطلاق، وأوجه التشابه و الاختلاف بينهما، ثم التطليق كحق للمرأة وطريق قانوني لها بغرض إنهاء العلاقة الزوجيـة بإرادتهـا المنفردة، وذلك بأن تقدم طلب إلى القاضي طالبة التفريق بينها و بين زوجها متى أصيبت بضرر مصدره زوجها. والفكرة هي صميم البحث.

## المبحث الأول : مدخل إلــى قانون الأسرة الجزائري .

### **المطلب الأول - مفهوم الأحوال الشخصية و قانون الأسرة.**

### **الفرع الأول – مفهوم قانون الأحوال الشخصية .**

**المقصود باصطلاح الأحوال الشخصية** Statut personnel: " الأوضاع التي تكون بين الإنسـان وأسرته، وما يترتب على هذه الأوضاع من أثار قانونية و التزامات معنوية أو مادية ".

إن هذا المصطلح حديث ودخيل على الفقه الإسلامي، فهو مستمد في حقيقتـه مـن الأنظمـة الغربية، حيث ابتدءـه الفقه الإيطالي منذ القرن 14م، وكانت رائدته المدرسة الإيطالية، وتبـنته بدورها المدرسة الفرنسية القديمة في القرن 16م، و أول من استعمل هذا المصطلح في بداية القرن العشرين، هـو الفقيه المصري محمد قدري باشا، الذي وضع مجموعة فقهية سماها " الأحكـام الشـرعية في الأحـوال الشخصية " و التي تضمنت أحكام الزواج و الطلاق، والوصية والحجر والميراث والهبة، وهـي كلـها مسائل ترجع إلى ثلاثة أقسام رئيسية :

1- أحكام الزواج و ما يترتب عليه، من صداق ونفقة، ورضاعة وحضانة و طلاق و عدة و أنواعها.

2- أحكام الأهليـة و الحجر و النيابة الشرعية، و الوصاية على الصغير و غيره، والوصية و أنواعها.

3- أحكام الميراث و ما يتعلق به، وتسمى في الفقه الإسلامي بأحكام "الفرائض ".

ومن هنا يتضح لنا المدلول الواسع لاصطلاح الأحـوال الشخصـية، في البـلاد العـربية والإسلامية، وقد جاء قانون الأسرة الجزائري الصادر في 1984/06/09م، متضمنا هذه الأقسـام الثلاثـة وأبحاثها الرئيسية دون أن يأتي المشرع بتعريف شامل لهذا المصطلح[1] ، المنتقد من حيث التسمية من بعض رجال القانون ، كما سنرى ذلك لاحقا عندما نتطرق لمفهوم قانون الأسرة.

و يجدر بنا أن نذكر بأن الكثير من الفقهاء المعاصرين، شعروا بصعوبة وضـع تعريـف جـامع للأحوال الشخصية، بسبب الاختلافات القائمة بين التشريعات من بلد لآخر في بعض الجزئيات. لأنـا قوانين خاصة، فلكل بلد قانونا.

---

[1]- د/ بلحاج العربي – الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري –الجزء الأول –طبعة 1999 – ديـوان المطبوعات الجـامعـية ص 13 ، 14.

مما سبق ذكره، نخلص إلى أنه يقصد بالمفهوم القانوني لاصطلاح قانون الأحوال الشخصية، " مجموعة القواعد القانونية، التي تنظم علاقات أفراد الأسرة، بوصفهم أعضاء في أسرة واحدة تجمعهم علاقات النسب أو المصاهرة ، على أن تشمل تلك القواعد القانونية، كل المسائل التي تعتبر من الأحوال الشخصية، كالزواج و الطلاق و ما ينتج عنهما من أثار، و النسب و أثاره و الوصية والهبة و الميراث، وكلها قواعد خاصة بأحوال الشخص كفرد " [2].

الفرع الثاني - مفهوم قانون الأسرة :

قانون الأسرة هو " تلك الوثيقة التي تحوي مجموعة من القواعد، التي تنظم حالة الشخص وعلاقاته المالية، و غير المالية، مع أسرته و مجتمعه. بهدف ضمان استقرار الأسرة و تماسكها ".

وقد انتقد بعض رجال القانون تسمية قانون الأسرة، رغم أن التسمية المعمول بها عبر التاريخ هي قانون الأحوال الشخصية ، لكون قانون الأسرة ينظم حالة الشخص كفرد في المجتمع، وليس كعضو أسرة فقط. وقانون الأحوال الشخصية ينظم علاقات الفرد ميراثاً وهبةً ووصيةً و بيعاً ، بوصفها تصرفات في عقارات ومنقولات الشخص و تعرف بالعلاقات المالية ، أما العلاقات الشخصية فهي لا تُقَوَّمُ بمالٍ، و لكن يرتب القانون عليها آثرا معينا ككون الشخص ذكراً أو أنثى، وكونه سليم العقل ، أو مجنوناً أو سفيهاً ، وكونه معلوم النسب أو مجهول وغير ذلك [3].

وبالنظر إلى موضوع قانون الأسرة، الذي يحكم حالة الشخص و تصرفاته، بوصفه عضواً في الأسرة و عضوا في المجتمع، فإن مكانه يعتبر القانون الخاص ، و بالتالي فرع من فروع القانون المدني ، وذلك لأن بعض القوانين "غير قوانين الدول الإسلامية " تخضع موضوع قانون الأسرة إلى القانون المدني، بخلاف الدول الإسلامية التي تجعل مصدر قانون الأحوال الشخصية هو الشريعة الإسلامية ، وبهذا النهج أخذ المشرع الجزائري فقنن أحكام الشريعة الإسلامية[4]، وما لم يضع له نصا أحاله إلى الشريعة بموجب نص المادة 222 من ق.أ.ج التي تنص على أن "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية" .

---

[2]- عبد الفتاح تقية ، *مباحث في قانون الأسرة الجزائري* ، ( الجزائر : دار الطبع ثالة ، ( 1999، 2000 م ) ) ، ص9 ، 10.

[3]- د/ علي علي سليمان - تعليق على قانون الأسرة الجزائري -مجلة الشرطة – العدد 25 .

[4]- فضيل سعد شرح قانون الأسرة الجزائري "الزواج والطلاق"، (الجزائر: المؤسسة الوطنية للكتاب،( 1986 م ))،ص1 ،ص13.

المطلب الثاني - لمحة تاريخية عن قانون الأسرة الجزائري.

**الفرع الأول - تقنين الأسرة قبل فترة الاحتلال الفرنسي :**

منذ أن أشرق نور الفتح الإسلامي على شمال إفريقيا ، و الجزائر كغيرها من الدول الإسلامية الأخرى، يخضع تنظيمها القضائي في معظمه إلى قواعد الشريعة الإسلامية في أصوله و نظام إجراءاته[5]، فكان مصدر الأحوال الشخصية، بمقتضى ذلك نصوص الكتاب و السنة و الإجماع و القياس، وفتاوى أهل العلم و اجتهاداتهم الواردة في مختلف كتب الفقه الإسلامي ، والتي كان يتناقلها جيل بعد جيل ، إضافة إلى اجتهاد القضاة أنفسهم.

و قد أصبح المذهب المالكي مرجعا للأحكام الفقهية لمختلف المسائل، إلا أنه في فتـرة الحكـم العثماني أخذ المذهب الحنفي مكانه في منطقة الجزائر العاصمة، باعتبار تمركز الجالية التركيـة هنـاك ، وكان المذهب الإباضي ينظم علاقة الإباضيين بعضهم ببعض [6].

و قد ظلت شعوب هذه الدول، تخضع لأحكام سلطان الدولة الإسلامية على هذا الحال ما يربـو عـن ثلاثة عشر قرنا، وهي متمسكة بالإسلام، ومع سقوط معظمها تحت وطأة الاستعمار ، ورغم تكالـب واشتداد الحملات التبشيرية و الحروب الصليبية عليها، سعيا لإبعادها عن شريعة الإسلام ، فقد ظلـت صامدة مقاومة لا تتزعزع، إلى غاية أن بدأ يتسلل الضعف و الانيار إليها ، فكانت آخر حلقاتنا ممثلة في الدولة العثمانية التي شملها التغريب في جميع القوانين ، و في شتى الميادين ، في آخر أيامها ، إلاّ ما بقـي محكوما بالشريعة الإسلامية مثلا في مجال الأحوال الشخصية ، وهذا حال الدول الإسلامية عموما ، ومن بينها الجزائر.

الفرع الثاني - تقنين الأسرة من الاحتلال الفرنسي إلى غاية الاستقلال :

بعد وقوع الجزائر تحت قبضة المستدمر الغاشم سنة 1830م ، عملت الإدارة الفرنسية على توقيف العمل بالشريعة الإسلامية، و أحلت محلها تدريجيا قوانينها التي شملت جميع المجالات، بما فيها نظام الأسرة ، ورغم الصعوبات التي واجهتها نتيجة تباين نظام الأسرة في الجزائر، مع أنظمـة الجاليـات الأوربيـة الأخرى ، إلا أنا حرصت على تطبيق التنظيم القضائي الفرنسي، من خلال جعـل قضـاء الأحـوال الشخصية من المسلمين الجزائريين ، ثم عملت عن طريق " موران" و "موسكيه" على ترجمة مختصر خليل ابن إسحاق ، مما يفسر وجود أحكام مذهب الإمام مالك في ثنايا أحكام القانون المدني الفرنسي ، كما

---

[5]- د/ رضا فرج – شرح قانون العقوبات الجزائري – الطبعة الثانية – 976 الشركة الوطنية للنشر و التوزيع ص 67.

[6]- محمد الميلي – عبد الله شريط -الجزائر في مرآة التاريخ – الطبعة الأولى – 1965 –مكتبة البعث قسنطينة ص- 156.

أقرت للإباضيين مذهبهم في ميزاب وأنشأت محاكم خاصة في الجزائر و وهران، أما سكان القبائل فقد أقرت لهم الأعراف السائدة بينهم، و من هنا تتجلى لنا المحاولات الدنيئة و الممثلة في سياسة " فرق تسد "، التي حاول المشرع الفرنسي تجسيدها في أغلب التشريعات التي أصدرها، لتطبق على الجزائريين.

وفي مطلع القرن العشرين ، حاولت الإدارة الاستعمارية تقنين نظام الأسرة، مطبقـة في ذلـك مشروع "موران" ، الخاص بأحكام الأسرة دون أن تصدره في شكل تشريع ، ولكنه بقي حبرا على ورق نتيجة لمقاومة الشعب الجزائري المتمسك بـعقيدته و أصالته و حضارته الإسلامية، ثم أعقبـت الإدارة الفرنسية هاتين المحاولتين بإصدار تشريعات متتالية منها :

- قانون 1931/05/02م ، تناول الخطبة وسن الزواج.
- مرسوم 1931/05/19م المتعلق بالحالة القانونية للمرأة الجزائرية.
- الأمر الصادر في 1944/11/23م و المتعلق بتنظيم القضاء الإسلامي.
- القانون رقم 57-778 المؤرخ في 1957/07/11م، المشتمل على أحكام الغائب ، المفقود ، الوصايا الولاية و الحجر.
- الأمر رقم 592-74 الصادر في 1959/02/04م، الخاص بمسائل الزواج و الطلاق في اثنتي عشرة مادة.
- المرسوم رقم59-1082الصادر في 1959/09/17 م، والذي تضمن اللائحة التنفيذية للأمر رقـم 59-274 المذكورة سابقا و المتعلق بتنظيم الزواج و انحلاله في الجزائر.
- قرار وزير العدل بتاريخ : 1959/12/11م ، حيث تولى بيان الوثائق التي تشترط لإبرام عقـد الـزواج وتسجيله[7].

كانت هذه أهم التشريعات الصادرة عن الإدارة الفرنسية أثناء فترة احتلالها للجزائر، محاولة منها طمس الشخصية العربية الإسلامية للشعب الجزائري، الذي حارب الظلم و العبودية بكل بسالة، مـن أجل حريته التي حصل عليها بمجرد جلاء المستدمر الفرنسي لكل قواته من أراضي الوطن.

الفرع الثالث - تقنين الأسرة من الاستقلال إلى غاية صدور قانون الأسرة الحالي :

مع استعادة الجزائر لحريتها و سيادتنا الوطنية عمدت الدولة الجزائرية لاسترجاع مكانتها، وذلك بجمع الشمل ، وتوحيد الصفوف لخوض معركة الجهاد الأكبر ، المتمثل في إعادة بناء ما دمره المستعمر الغاشم بنية إقامة دولة قوية تبرز فيها معالم الشخصية الوطنية ، وذلك في كل ميادين الحياة : السياسية والاقتصادية و الاجتماعية و غيرها، وخاصة في ميدان التشريع، لأنه عمدة الميادين السابقة الذكر ، إذ لا

7- عبد العزيز سـعد ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، (لجزائر: دار هومة، ( 1416هـ – 1996م)) ص10

نتصور سياسة بدون قانون يحكمها، و لا اقتصاد بدون قانون يسيره ، ولا جوانب اجتماعية بدون قانون يضبطها و يحدد معالمها.

لذلك نجد الجزائر، ونظرا لكونها حديثة العهد بالاستقلال، وكان على عاتق السلطة أعباء ضخمة من أجل توحيد القواعد القانونية، و إعادة صياغتها ابتداء من الواقع الوطني، ومن أجل إرساء قواعد العدالة والشرعية [8] ، مما جعلها تأخذ أكبر وقت لسن أي قانون في أي مجال يتطلب بالضرورة وقتا غير يسير، إذ أصبح عنصر الزمن ضاغطا بكل شدة لا يسمح بسن أي تشريع مطلوب ، فاضطر المشرع الجزائري إلى سن قانون رقم 62-157، الصادر في 1962/12/31م مدد بواسطته العمل بالتشريع القديم، و أقر في مادته الثانية " أن كل نص تشريعي باطل، إذا ما مس بالسيادة الداخلية أو الخارجية للدولة الجزائرية، أو كان مستوحي من بواعث استعمارية أو ذا طبيعة تمييزية أو مس بالممارسة الطبيعية للحريات الديمقراطية".

و بهذه المعايير استمر العمل بجميع النصوص القانونية، التي كانت سائدة قبل الاستقلال، بوصفها تشريعات جزائرية تبناها المشرع الجزائري بحكم قانون استمرار العمل بالتشريعات السابقة، وذلك سدا للفراغ التشريعي و القانوني ، و بذلك رسم المشرع الجزائري الحدود الفاصلة بين ما يستمر العمل به ، وبين ما يعتبر ملغى من التشريعات القديمة [9].

و نتيجة لما سبق ذكره أصدر المشرع الجزائري مجموعة من القوانين، كان أولها قانون العقوبات الصادر بالأمر رقم 6-156 بتاريخ 1966/06/08م، قانون الإجراءات المدنية وقانون الإجراءات الجزائية وقانون البلدية و قانون الولاية والقانون البحري والقانون التجاري والقانون المدني، وغيرها [10].

وهكذا أصبح يحكم قضايا الأحوال الشخصية النصوص التشريعية التالية :

- أمر رقم 57-778 الصادر في 1957/07/11م ، المتعلق بتنظيم أحكام الغائب، المفقود، الوصايا القوامة، الحجر وكيفية إثبات الزواج.
- أمر رقم 59-274 الصادر في 1959/02/04م ، المتضمن أحكام الزواج و الطلاق.
- مرسوم رقم 59-1082 الصادر في 1959/04/17م ، الذي حدد شروط تطبيق أمر 1959م.

---

[8]- د / رضا فرج –شرح قانون العقوبات الجزائري – مرجع سابق، ص 77.

[9]- عبد الفتاح تقية ، *مباحث في قانون الأسرة* الجزائري – *مرجع سابق* ، ص 13.

[10]- العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري - مرجع سابق، ص19 .

- أحكام الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بقضايا الميراث، أو عندما توجد قضية مـن قضـايا الأحـوال الشخصية، يتعارض نص من النصوص المذكورة أعلاه، مع قاعدة من قواعد الشريعة الإسلامية في ميدان الأسرة.

و قد كان الزواج قبل صدور قانون الأسرة خاضعا للنصوص القانونية التالية [11] :

- الأمر رقم 63-224 الصادر في 1963/06/29م، تم إصدار تعديل جزئي مشتمل على ستة مواد تتمحور حول السن الأدنى للزواج ، و طرق إثبات العلاقة الزوجيـة . حيث عدل سن زواج الرجل ببلوغ 18 سنة و بالنسبة للمرأة ببلوغ 16سنة.

- القانون رقم 66 – 195 الصادر في 1966/06/23 .

- القانون رقم 69 – 72 الصادر في 1969/09/16 .

- القانون رقم 71 – 65 الصادر في 1971/09/22 .

و استمرت هذه النصوص مطبقة إلى أن ألغيت كـل التشـريعات القديمـة في 1975/07/05م وأصبحت أحكام الشريـعة الإسلامية هي المطبقة وحدها في مجال قضايا الأحوال الشخصية.

وصـدر قانون رقم 75 – 58 الصادر في 29-09 –1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، والذي جعل المشـرع سريان مفعوله بأثر رجعـي، سدا للفراغ التشريعي الـهائل الـواقع في الفترة ما بـين 1975/07/05م و 1975/09/26م[12].

وظـل القضاء الجزائري يعيش الأوضاع السالفة الذكر في مجال تشـريعات الأسـرة مـدة عشـرين سنة ابتداء من الاستقلال إلى حين صدور قانون الأسرة الحالي، بالأمر رقـم 84-11بتـاريخ 1984/06/09م بعد سلسلة من المحاولات ، وهو القانون الوحيد الذي تأخر صدوره طوال هذه المدة، وقد يرجع السبب في عجز المشرع الجزائري، عن إعداد و صياغة تقنين متكامل الجوانب حولـه في فتـرة قصيرة، للصراع الفكري حول مرجعية هذا القانون، وإضافة إلى أهميته و خطورته ، لأن الأسـرة هـي اللبنة الأساسية لبناء أي مجتمع.

[11]- الزواج و الطلاق في الشريعة و القانون – عن دار العلوم للنشر و التوزيع –عنابة – طبع بمطبعة عمار قرفي –باتنة ص 4.

[12]- عبد الفتاح تقية ، مباحث في قانون الأسرة الجزائري - مرجع سابق ، ص14،13.

المطلب الثالث - مصادر وطبيعة قانون الأسرة الجزائري.

**الفرع الأول - مصـادر قانـون الأسـرة الجـزائري :**

استمد المشرع الجزائري أكثر أحكام قانون الأسرة، من فقه الإمام مالك بن أنس رحمـه اللـه، وبعض أحكامه من المذاهب الأخرى، وأخذ بعض الآراء من غير المذاهب الأربعة للحاجة إلى ذلـك ، كما اعتمد على بعض القوانين العربية التي سبقته، مع بعض التعديل أحيانا ومخالفتها أحيانا أخرى، بمـا يوافق المصلحة المحلية والأعراف التي تعارف عليها الناس في المتمع الجزائري [13]. و يتـبين لنـا الأمـر بـصور أوضح في المشروع التمهيدي لقانون الأسرة لسنة 1981، حيث ورد النص صراحة على الأصول المستند إليها ، وفق لما يلي :

اعتمدت اللجنة في وضع هذه النصوص على المصادر الأساسية للشريعة الإسلامية وهي: القرآن الكريم و السنة النبوية الشريفة، و كذا الإجماع و القياس [14].

بالإضافة إلى الاجتهادات الفقهية خاصة في المذاهب الأربعة، مع الاستعانة بتشريعات الأسـرة لـبعض الدول الشقيقة الإسلامية منها:

* تشريع الأسرة السوري.
* قانون الأحوال الشخصية المصري مع بعض شُراحه.
* مدونة الأحوال الشخصية المغربية.
* مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

- بالإضافة إلى النص على اعتبار أحكام الشريعة الإسلامية هي التي يجب الرجوع إليها في ما لم يرد فيه النص ( المادة 222 ق.أ.ج).

و هكذا نجد المشرع الجزائري قد عمد بعد الاستقلال مباشرة، إلى جعل الفقه الإسلامي أساسا لقوانينه و تشريعاته، تحقيقا للاستقلال القانوني وبعثا للنهضة التشريعية ، بدف التخلص مـن عيـوب التبعية الفكرية، فكل مطلع ومتتبع للأحكام التي تضمنها قانون الأسرة بشتى أبوابه و فصوله، يرى بأنها مـا هي إلا أحكام لا تخرج عن دائرة الفقه الإسلامي في مذاهبه السنية المعروفة.

---

[13]- العربـي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائـري - مرجع سابق، ص 20.

[14]- الدكتور عبد المنعم فرج الصده – أصول القانون – 1979 – دار النهضة العربية – بيروت ص 124.

كما نجد أن هذا القانون بمواده 224 ، و المقسمة إلى أربعة كتب ، يعتبر أول قانون في الـوطن العربي قنن أحكام الأسرة في قانون واحد ، يشتمل على جميع أحكـام الأحـوال الشخـصية مـن زواج ، طـلاق ، أهليـة و ميراث بدون نسـيان قواعد الوصية ، الهبة و الوقف[15].

**الفرع الثاني - طبيعة قانون الأسرة الجزائري :**

تنص المادة الأولى من قانون الأسرة الجزائري على أنه " تخضع جميع العلاقات بين أفراد الأسرة لأحكام هذا القانون " ، كما تعرف المادة الثانية من نفس القانون بقولها " الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع، و تتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة "، وتقرر المادة الثالثة على أنه " تعتمد الأسرة في حياتها على الترابط و التكافل وحسن المعاشرة و التربية الحسنة وحسن الخلق و نبذ الآفات الاجتماعية ".

ومن هنا يتضح لنا ارتباط قانون الأسرة بالمفاهيم الاجتماعية الحضارية، وبالقيم الأخلاقية والدينية ، وعلاقته المتينة بالمعطيات الاقتصادية و السياسية وكذا بالأعراف و التقاليد و العـادات السـائدة في المجتمع ، و على هذا الأساس فقد بقي قانون الأسرة الجزائري بعيدا عن الأنظمة الأجنبيـة والقـوانين الـداخلية، يستمد أصوله و أحكامه من التشريع الإسلامي والشخصية الوطنية العربية، وهذا بالرغم مما أصاب البلاد من نكبات و ويلات استعمارية ، فحماية الأسرة التي هي نواة المجتمع بسياسة عقلانيـة و بوسائل ملائمة إنما هي حماية للمجتمع كله.

هذا و يعتبر قانون الأسرة فرعا مستقلا بذاته من فروع القانون الخاص [16] ، وله ذاتية مسـتقلة ملؤها المرونة و الملائمة و الانسجام بعـيدا عن الـصرامة و التعقيد ، وارتباطـه بقواعـد الأعـراف والعادات و الأخلاق و الأفكار الدينية ، كلها دلالات هامة تميزه عن باقي فروع القانون المختلفة .

و لقد تطورت الأسرة الجزائرية تدريجيا و شيئا فشيئا ، تبعا للمتغيرات الاجتماعية والاقتصادية والحضارية في عالم الأسرة الواسعة "العائلة" إلى جو الأسرة الضيقة " أو الزوجة المستقلة " . وكان هذا التطور انعكاسا للتحولات التي أصبح يشهدها المجتمع في مختلف المجالات الفكرية والثقافية والصناعية و الاجتماعية .

وهذا مع محافظتها على وحدتها العائلية و الأسرية ، و في علاقات ملؤها الترابط و التكافـل والأصالة، ورغم هذه المعطيات ، يوضح لنا علماء الاجتماع التباين الموجود بـين مختلـف العـائلات

---

[15]- العـربي بلحـاج ، المدخل لدراسة التشريع الإسلامي ، ( الجزائر : ديوان المطبوعات الجامعية ، ( 1988 م ) )، ص 10.

[16]- د/ عبد المنعم فرج الصده – أصول القانون – مرجع سابق ص 59.

الجزائرية ، و التي منها المحافظة أو التقليدية ، و المتفتحة اتجاه المفاهيم المعاصرة ، و المتوسطية التي تنتـهج طريقا وسطا بين العائلتين.

ومع التطورات الجديدة ، تبقى الأسرة الجزائرية دائما في صـراع مـع التحـديات الثقافيـة والاقتصادية و الاجتماعية ، و في مواجهة التحولات البنيوية التي أصبحت تـنعكس عليهـا بصـفة واضحة و مستمرة [17].

## المبحث الثاني : التطليق و بعض المفاهيم المرتبطة به .

الزواج سنة الله في خلقه ، به تستمر الحياة، و بواسطته يتسنى صون الأعراض و القضـاء علـى الفساد، وبفضله ينبعث الود و الطمأنينة و الألفة.

قال تعالى : {وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ } [18].

فالإسلام إذن نظر إلى الزواج نظرة تقدير و رعاية ، بحيث أقامه على قواعد ثابتة مـن العـدل والإنصاف والرحمة ، فوصفه جل وعلا بأنه الميثاق الغليظ ، وحماه بسياج من الضوابط ، تمنع عنه الظلم الذي يحيط به، فسن قوانين ، وشرع تشريعات، تكفل للأسرة حياة رغيدة ملؤها الاسـتقرار والـود و السعادة.

و هكذا فعلت جميع التشريعات الوضعية من خلال سن القوانين المنظمة لهذه العلاقة ، و رغـم كل هذا الاهتمام بالحياة الزوجية السعيدة، فإن الأسرة قد تهب عليها رياح تعكر صفو الحياة ، و تنفـر الزوجين بعد الألفة، فينقلب الهدوء العائلي إلى جو الشحناء ، فيتسع الصدع و يتصل الشقاق، وتمحـى معالم المعاشرة بالمعروف، فتصبح الحياة الزوجية جحيما لا يطاق و مكانا لا يؤلف.

لهذه الأسباب ، شرع الله الطلاق علاجا لهذا الوضع كآخر حل، حين تغلق كل أبواب الصـلح بين الزوجين، كما أن الحياة الزوجية يمكن أن تُنهى إذا ما اعترتها ظروف أو خالطها خلل طارئ أو مانع محدد.

هكذا نلاحظ أن الطلاق ملازم للنكاح، فلا طلاق إلا بعد زواج.

---

[17]- العربي بلحـاج - الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، -مرجع سابق ، ص25 ،10.

[18]- الآية 231 من سورة البقرة.

والزواج قد ينجح بتوافق الزوجين، وقد يفشل فمصيره الفراق، فلا مجتمع بدون طلاق و هذا ما يقـرره واقع الإنسان في شتى مراحل التاريخ، فالإنسانية عرفت الطلاق منذ فجرها الأول، وفي عهد الحضارات السابقة، فالبابلين ، واليونان و الرومان وعند اليهود و النصارى وعرب الجاهلية، وغيرهم من بني البشر عرفوا الطلاق.

و يقول الفيلسوف الفرنسي فولتير ( Voltaire ) " إن الطلاق وجد في العالم مع الزواج في زمن واحد تقريباً، غير أني أظن الزواج أقدم ببضعة أسابيع، بمعنى أن الرجل ناقش زوجته بعد أسبوعين مـن زواجه، ثم ضربا بعد ثلاثة، ثم فارقها بعد ستة أسابيع "[19] .

## المطلب الأول : إنهاء العـلاقة الزوجـية:

### الفرع الأول - مفهـوم الإنـهاء ودليل مشروعيته:

لقد ورد في المادة 47 قانون الأسرة الجزائري "تنحل الرابطة الزوجية بالطلاق أو الوفاة ".

من استقرائنا للمادة نجد أن العلاقة الزوجية تنتهي إما بإرادة الأطراف و المتمثل في الطـلاق، أو بدون إرادتهما كالوفاة، على أن الفقهاء أضافوا حالة ثالثة للانتهاء تتمثل في الفسخ، ورغم أن المشـرع الجزائري لم يذكرها في هذه المادة، إلا أنه أشار إليها في مواد متفرقة، فالفسخ إذن إنهاء للعلاقة الزوجية.

و نحن هنا سنتطرق إلى حالتي الإنهاء فقط، و المتمثلة في الطلاق و الفسخ ، ولن نتنـاول حالـة الوفاة لأنها تدخل ضمن حالة الانتهاء الذي هو أشمل و أعم من الإنهاء.

**1- تعريف الإنـهاء .**

الإنهاء لغة مصدر من الفعل أنهى ، ينهي ، إنهاء الشيء أبلغه و أعلمه، وهو آخر الشيء وأقصـى ما يمكن أن يبلغه ، وهو كذلك الإتمام و الإنجاز[20] و هو المعنى المراد هنا.

أما المراد بإنهاء العلاقة الزوجية في اصطلاح الفقهاء : ما يفرق به بين الزوجين من علاقة الزواج [21]، وهي انحلال الزواج و انقطاع العلاقة بين الزوجين بسبب من الأسباب [22]، و هي انحـلال وحـل للرابطة الزوجية و إزالة الحل بفعل ظروف و ألفاظ معينة.

---

[19]- نور الدين عتر- أبغـض الحـلال –الطبعة الرابعة – 1985 – مؤسسة الرسالة بيروت –ص 13.

[20] - فؤاد إفرام البستاني - منجد الطلاب - دار المشرق ، بيروت- 1999، ط46 ، ص 846.

[21] - بدران أبو العينين بدران : الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري و القانون – الجـزء الأول- الزواج و الطلاق –طبعة 1967 – دار الطباعة و النشر بيروت –لبنان- ، ص 295.

[22] - وهبة الزحيلي - الفقه الإسلامي و أدلته – الجزء السابع – الطبعة الأولى –دار الفكر بيروت 1984 - ص 347.

## 2- مشروعية إنهاء العلاقة الزوجية .

إن الشريعة الإسلامية قد حرصت كل الحرص للإبقاء على كيان الأسرة، و حفظها من كل مـا يزلزل أركانها ، و يرى الفقهاء أن الأصل هو الإبقاء عليها في أغلب الأحوال ، إلا إذا وجد مبرر شرعي يجيز فك عرى هذه العلاقة، التي وصفها القرآن العظيم بالميثاق الغليظ.

فك هذه العلاقة جائز في حالات معينة ، عندما يخشى عدم إقامة حدود الله تعـالى، فـ ـتضيع بذلك مقاصد الزواج. لذلك فالشريعة السمحاء لم تغفل هذا الأمر، فجعلت الإنهـاء في هـذه الحالـة مشروعا ، ودليل مشروعيتها مع الكراهة ما يلي :

***أ - من القرآن :***

قال تعالى : [وَإِنْ عَزَمُوا الطلاقَ فَإِن اللهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ] [23].

و قال أيضا : [ الطلاقُ مَرَتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ] [24].

و قال سبحانه وتعالى: [ وَإِذَا طَلَقْتُمْ النسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُن فَأَمْسِكُوهُن بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَـرحُوهُن بِمَعْرُوفٍ وَلا تُمْسِكُوهُن ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا] [25].

و قال : [ وَإِنْ يَتَفَرقَا يُغْنِ اللهُ كُلا مِنْ سَعَتِهِ وَكَانَ اللهُ وَاسِعًا حَكِيمًا ] [26].

و قال : [ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُن فَأَمْسِكُوهُن بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُن بِمَعْرُوفٍ ] [27].

***ب- من السنة :***

قال ε : ◷ أبغض الحلال إلى الله الطلاق ★ [28] (رواه أبو داود ).

و قال ε: ◷ أيما امرأة سألت زوجها طلاقا من غير بأس ، فحرام عليها رائحة الجنة ★

وجاء في صحيح البخاري أن إبنة الجَوْن لما أُدخلت على رسول الله ε ودنا منها، قالت : أعـوذ بـالله منكَ، فقال لها : لقد عذْتِ بعظيمٍ إلحقي بأهِلِكِ [29].

---

[23]- الآية 227 من سورة البقرة.

[24]- الآية 229 من سورة البقرة.

[25]- الآية 231 من سورة البقرة.

[26]- الآية 130 من سورة النساء .

[27]- الآية 02 من سورة الطلاق.

[28]- الإمام ابن تيمية- الفتاوي الكبرى – دار المعرفة بيروت لبنان -الجزء الثالث 1965 ص 54.

[29]- صحيح البخاري بحاشية السندي – المجلد الثاني – ص 269 دار الكتاب اللبناني – دار الكتاب المصري.

وكذلك ما رواه البخاري و النسائي، عن ابن عباس قال : ◷ جاءت امرأة ثابت ابن شماس بـن قيس بن شماس إلى الرسول ε فقالت : يا رسول الله ما أعتب عليه في خلق و لا دين ، و لكني أكـره الكفر في الإسلام. فقال رسول الله ε : أتريدين عليه حديقته ؟ قالت نعم ، فقال ε : اقبل الحديقـة و طلقها تطليقة ★ ، و روى أن امرأة جاءت النبي ε فقالت : ما يغني عني إلا كما تغني هذه الشـعرة – شعرة أخذتا من رأسها – ففرق بيني و بينه فقال له : طلقها ففعل [30].

***جـ - من الإجماع*** :

أجمع علماء الأمة منذ العهد الأول على جواز طلاق الرجل لزوجته .

**الفرع الثاني - حالات الإنهاء و حاجتها إلى القضاء** :

إن العلاقة الزوجية يمكن أن تنهي بفسخ أو طلاق، فالفسخ : في اللغة هـو النقـض والإزالـة [31]، أما في اصطلاح الفقهاء فهو نقض عقد الزواج ، إما بنقض أصل العقد بسبب خلل قـارن العقـد وقت إنشائه ، كتخلف ركن من أركان الزواج مثلا، أو أنه نقض للعقد بسبب خلل طرأ على العقـد يمنع بقاءه واستمراره، كردة الزوج مثلا [32]، و المشرع الجزائري أورد الفسخ في المادة 32 قانون الأسرة الجزائري "يفسخ النكاح إذا اختل أحد أركانه، و اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد، أو ثبتت ردة الزوج". فالمشرع لم يعرف الفسخ و لكنه أورد حالاته.

و الطلاق مشتق من الإطلاق و هو التسريح و الترك [33]، و عند الفقهاء هو حل قيـد النكـاح بلفظ الطلاق ونحوه، أو رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ مخصوص[34]. فهو حل لرابطة الـزواج وإنهاء العلاقة الزوجية [35].

---

[30] - محمد أبوزيد- هدى الرسول ε مختصر من زاد المعاد – الطبعة الخامسة، مطبعة الإستقامة –القاهرة ص 211.

[31] - فؤاد إفارم البستاني - منجد الطلاب - مرجع سابق ، ص 551.

[32] - عبد الرزاق السنهوري – الوسيط في شرح القانـون المـدني ، –الجزء 1 – دار احياء التراث العـربي – بـيروت 1952 ، ص488 وما بعدها.

[33] - فؤاد إفرام البستاني – منجد الطلاب - مرجع سابق ، ص 445.

[34] - وهبة الزحيلي -الفقه الإسلامي وأدلته - مرجع سابق ، ص 356.

و المشرع الجزائري أورد تعريف الطلاق في المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري " الطلاق حـل عقد الزواج ويتم بإرادة الزوج ، أو بتراضي الزوجين ، أو بطلب من الزوجـة في حـدود مـا ورد في المادتين 53 و 54 من هذا القانون " ، و المادتين 53 و 54 تناولتا موضوعي التطليق و الخلع على الترتيب .

كما يمكن أن تنهى العلاقة الزوجية بالمتاركة أو اللعان ، و المتاركة لغة هي التخلي والإهمـال[36] والمتاركة في اصطلاح الفقهاء هي : ترك الرجل للمرأة المعقود عليها بعقد فاسد أو بعـده. و المتاركـة توافق الطلاق من وجه، و تخالفه من وجه آخر : توافقه في إنهاء أثار النكاح ، وفي أنه حق للرجل وحده ، و تخالفه في أنها لا تحسب عليه واحدة و أنها تختص بالعقد الفاسد، أما الطلاق فمخصـوص بالعقـد الصحيح.

و أما اللعان فهو الخزي و السب و الإبعاد في اللغة [37]، أما في الاصطلاح فهو أن يحلف الرجـل إذا رمى زوجته بالزنا أربع مرات إنه لمن الصادقين، و الخامسة أن لعنه الله عليه إن كان من الكـاذبين، وأن تحلف المرأة عند تكذيبه أربع مرات إنه لمن الكاذبين و الخامسة أن عليها غضب الله إن كـان مـن الصادقين[38].

و يرى جمهور الفقهاء أن اللعان فسخ ، بينما يرى الحنفية أنه طلاق بائن ، فالفرق بين اللعان و الطلاق إذن يتمثل في التجريم ، ففي اللعان مؤبد بينما لا يشترط ذلك في الطلاق. وقد أشـار المشـرع الجزائري إلى اللعان في المادة 41 قانون الأسرة الجزائري المتعلقة بالنسب " .. و لم ينفه بالطرق المشروعة " وكذلك المادة 138 قانون الأسرة الجزائري " يمنع من الإرث اللعان و الردة ، " ولكنه أغفل الحـديث عنه بصورة واضحة.

***- ما يعد فيه حكم القضاء منشئا أو مقررا :***

ينقسم إنهاء العلاقة الزوجية حسب حكم القضاء فيها إلى :

---

35 - نور الدين عتر – أبغض الحلال – مرجع سابق ، ص 11 وما بعدها.

36 - فؤاد إفرام البستاني – منجد الطلاب - مرجع سابق ، ص 450.

37 - فؤاد إفرام البستاني – منجد الطلاب- نفس المرجع ، ص 685.

38 - أحمد محمد عساف - الأحكام الفقهية في المذاهب الإسلامية الأربعة - دار إحياء العلوم ، بيروت ، مجلد 02 الطبعة الثانية- ص443.

أ - ***حالات يعد حكم القضاء فيها مقررا :*** كالإنهاء بألفاظ الطلاق الصريحة ، أو بكنايته، أو بسـبب ردة أحد الزوجين عن الإسلام ، أو وجود حرمة المصاهرة بينهما ، و الإنهاء بالخلع أو الإيلاء وكذلك بتطليق الزوجة نفسها عن طريق التفويض[39]، فحكم القضاء هنا يكون تقريريا و ليس منشأً.

***ب - حالات يعد حكم القضاء فيها منشئا :*** فما دام القاضي لم يصدر حكمه بالطلاق ، فإن علاقـة الزوجية تبقى قائمة ، كسبب خيار البلوغ ، أو لإباء إسلام الزوجة أو اعتناقها لدين سماوي بعد إسلام زوجها ، و بسبب عيب في الزوج أو غيبته أو عدم إنفاقه عليها [40].

كذلك يمكن أن يرجع أمر توقف الفرقة على القضاء توقفها على جلاء و وضوح سبب الفرقة و عدمه ، فكل فرقة بنيت على سبب ظاهر واضح لا تتوقف على القضاء ، و كل فرقة تستند إلى سبب غير واضح ، وتحتاج في تقريرها إلى بحث و فحص تتوقف على القضاء و بالتالي ففي الفترة الممتدة بـين صدور الحكم و رفع الدعوى تبقى علاقة الزوجية قائمة [41].

## المطلب الثاني - الفسخ و الطلاق:

إن حالتي الفسخ و الطلاق هما الحالتين الأكثر جلاء في إنهاء العلاقة الزوجية ، و إن كـلا مـن الفسخ و الطلاق يشتركان في أشياء يمكن أن تؤدي إلى الاشتباه بينهما ، ولكن بالمقابل لكل سمات تميزه عن غيره نظرا لوجود اختلافات واضحة، ونتعرض لأوجه التشابه والاختلاف بينهما باختصار فيما يلي :

### ***الفرع الأول - أوجه التشابه:***

يتشابه الفسخ و الطلاق في :

1 -**كل منهما نوع من أنواع الفرقة.**

2 - **ثبوت النـسب:** تنص المادة 40 قانون الأسرة الجزائري " يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار و بالبينة وبنكاح الشبهة و بكل نكاح تم فسخه بعد الدخول ".

من خلال استقرائنا للمادة السابقة نجد أن من حق الولد الانتساب إلى والديه في كل زواج صحيح ، و إذا طلق الزوج زوجته بعد الدخول أو الخلوة سواء كان الطلاق رجعيا أو بائنا، فإذا أتت المرأة بولد بعد

---

[39] - بدران أبو العينين بدران –الفقه المقارن للأحوال الشخصية – مرجع سابق ، ص 300.

[40]- بدران أبو العينين بدران –الفقه المقارن للأحوال الشخصية – نفس المرجع ، ص 300،301.

[41] - بدران أبو العينين بدران –الفقه المقارن للأحوال الشخصية – نفس المرجع ، ص 301.

الطلاق ثبت نسبه من الزوج، إذا ولدته قبل مضي أقصى مدة الحمل[42] . وهذه المدة نص عليها المشرع الجزائري في المادة 42 من قانون الأسرة الجزائري بـ "10 أشهر من تاريخ الانفصال".

والزواج الفاسد في إثبات النسب كالزواج الصحيح، لأن النسب يحتاط في إثباته إحياءاً للولد، و محافظة عليـه ، فـإذا ولـدت امـرأة قبل مضي أقصى مدة الحمل من تاريخ الفسخ ثبت نسبه مـن الرجل، وهنا يمكن إيراد نص المادة 34 قانون الأسرة الجزائري "كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبـل الدخول و بعده يترتب عنه ثبوت النسب و وجوب الاستبراء".

3 - **وجوب الاستبراء** :إن الاستبراء هو ضرب أجل للتأكد من خلو المرأة من الحمل ، ولإزالة ما بقي من أثار النكاح، ونجد أن مدة الاستبراء هي كفترة العدة ، فالمرأة تبقى متربصة سواء من زواج صحيح أو من زواج فاسد.

فمن أثار الطلاق وجوب العدة طبقا لنص المادة 58 قانون الأسرة الجزائري"تعتد المطلقة المدخول بـا غير الحامل بثلاثة قروء و اليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق" وأما المـادة 34 السابق ذكرها فتنص على وجوب الاستبراء.

مع ملاحظة أن العدة تشترك مع الاستبراء قي أثار كل منهما ، أي أن التربص يكون لجعل المرأة تتملص من عصمة زوجها و حلها لغيره، إلا أنـما يفترقان في جملة من الأشياء أهمها :

- أن العدة واجبة و لو تيقن من براءة الرحم ، كالغائب عنها زوجها لمدة طويلة ثم طلقها دون عودتـه إليها أوتوفي عنها . أما الاستبراء فليس كذلك . فالعدة واجبة على كل حال لتغليب جانب التعبد فيها.
- القرء في الاستبراء هو الحيض أما في العدة فمختلف في اعتباره حيضا أو طهرا.
- القرء الواحد في الاستبراء كاف لاستعادة الحِل، ولكنه في العدة ليس كافيا.

***الفرع الثاني - أوجه الاختلاف :***

إن لكل من الفسخ و الطلاق خصائص تميزه عن غيره ، و من المعايير التي يمكن أن نميـز بواسـطتها بينهما:

***- حقيقة كل منهما*** :

الطلاق هو إنـاء العقد بلفظ خاص ، يترتب عليه زوال الملك و بقاء الحـل كمـا في الطـلاق الرجعي ، أو زوال الملك و الحل كما في الطلاق البائن بينونة كبرى[43] ، أما الفسخ فهو نقـض العقـد

[42] -وهبة الزحيلي - الفقه الإسلامي و أدلته – مرجع سابق، ص 684،685.

[43]- نور الدين عتر- أبغض الحلال – مرجع سابق ، ص 11.

وإزالة الحل الذي كان يترتب عليه ، و يكون الفسخ بسبب خلل مقارن للعقد أو بخلل طارئ عليه يمنع بقاؤه و استمراره ، فالخلل المقارن للعقد مثل خيار البلوغ أو عدم الكفاءة ، والخلل الطارئ على العقد مثل ردة الزوجة أو إبائها الإسلام ، أو طروء حرمة المصاهرة [44] .

- ***من حيث الأسباب*** :

الفسخ يكون إما بسبب حالات طارئة على العقد كردة الزوجة أو إبائها الإسلام ، و إما بسبب حالات مقارنة مثل خيار البلوغ . أما الطلاق فلا يكون إلا بناء على عقد صحيح لازم فهو من حقوق الزوج ، فليس فيه ما يتنافى مع عقد الزواج، أو يكون بسبب عدم لزومه [45].

- ***من حيث الآثار*** :

يفترق الفسخ عن الطلاق في النقاط التالية :

- فرقة الفسخ لا يقع في عدتا طلاق ، أما عدة الطلاق فيمكن أن يقع فيه طلاق آخر ، ويستمر فيهـا الكثير من أحكام الزواج .

- الفسخ لا ينقص عدد الطلقات ، بينما الطلاق ينقص به عدد الطلقات [46].

- الفسخ قبل الدخول لا يوجب المهر للمرأة ، بينما في الطلاق يوجب للمرأة قبل الدخول نصف المهر المسمى ، فإن لم يكن مسمى استحقت المتعة .

- في الطلاق الرجعي توجب النفقة للمرأة المعتدة ، و في الطلاق البائن توجب النفقة للمرأة المعتدة إذا كانت حاملا، أما إذا كانت غير حامل لا تجب لها النفقة لقوله ε : ◷ إنما النفقة و السكنى للمـرأة إذا كان لزوجها عليها رجعة ★، ﴿رواه مسلم ﴾ . أما الفسخ فالمرأة فيه إذا كانت معتدة من زواج فاسد أو زواج شبهة فلا نفقة لها حسب رأي الجمهور [47].

---

[44] - معوض عبد التواب - الصيغ الشرعية لدعاوى الأحوال الشخصية، دار المعارف ، مصر، 1986، ص 188،189.

[45] - وهبة الزحيلي – الفقه الإسلامي وأدلته - مرجع سابق ، ص 348.

[46]- الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب الإمام أبي حنيفة، تحقيق لجنة إحياء التراث العربي –دار الأفاق الجديدة – بيروت – طبعة ثالثة –1980 ص 91.

[47] - وهبة الزحيلي – الفقه الإسلامي وأدلته - مرجع سابق ، ص 348 .

**المطلب الثالث - التطليق : المفهوم و الحكمة .**

إن الطلاق حق خالص للزوج ، أثبته الشارع الحكيم، وكذلك السنة النبوية الشريفة ، وأجمع عليه العلماء منذ العهد الأول ، وذلك لما للرجل من القوامة على المرأة ، قال تعالى [ الرِجَالُ قَوامُونَ عَلَى النسَاءِ بِمَا فَضلَ اللهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ ] [48].

- فالشريعة الإسلامية جعلت الطلاق بيد الرجل بصورة عامة لسبب هام جدا، ذلك أن الرجل يحافظ على سلامة العشرة الزوجية، التي أنفق عليها الكثير من المال، ويحتاج أن ينفق مثله أو أكثر منه – خاصة في الواقع الراهن – إذا طلق و أراد الزواج ثانية، كما أنه مكلف بحكم الطلاق أن يدفع مؤخر المهر، وينفق على مطلقته مدة عدتا، مع أجرة الرضاعة، ونفقة الأولاد مدة الحضانة، وغير ذلك، فكيف يلزم بكل هذا ثم يجعل الطلاق للمرأة ؟ [49].

- بالإضافة إلى عقله، وصبره على المكاره فلا يسارع إلى الطلاق. أما المرأة فهي سريعة الغضب والانفعال، كما قد نجد بعض النسوة في الطلاق سببا لغنيمة مادية بما تأخذه، وما تطمع الحصول عليه من زواج جديد، وبذلك تضيع أسرتا ونفسها.

-لكن الشريعة الإسلامية لم تحرم المرأة من الطلاق كليةً، بل خولتها إياه في بعض الصور، وفتحت لها باب القضاء ترفع إليه طلبها

فالشرع لم يهدر حق المرأة في الطلاق إذا لحق با ضرر من الزوج سواء ماديا أو معنويا فلا ضرر و لا ضرار في الإسلام ، كامتناع الزوج عن الإنفاق على زوجته، أو كأن يكون معلولا بإحدى العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج ، أو كغيابه أو حبسه أو فقدانه، و كل ضرر معتبر شرعا مثلما عبر عن ذلك المشرع الجزائري في قانون الأسرة المادة 53 الفقرة 6 ، و تملك الزوجة هذا الحق :

1-إما بواسطة التطليق أو ما يعرف عند الفقهاء بالتفريق القضائي، حيث تتقدم الزوجة بطلب التطليق إلى القضاء و تثبت الضرر اللاحق با بكل الطرق القانونية، و على القضاء التحقق من وقوع الضرر بالزوجة و إيقاع الطلاق بعد ذلك.

و قد حدد المشرع الجزائري في المادة 53 من قانون الأسرة أسباب التطليق و ذكرها على سبيل الحصر في سبعة حالات و هي: -عدم الإنفاق، -و التطليق للعيوب، -و الهجر في المضجع، -و الحكم بعقوبة

---

[48]- جزء من الآية 34 من سورة النساء.

[49]- نور الدين عتر – أبغض الحلال – مرجع سابق، ص 39 و ما بعدها .

شائنة، -و الغيبة بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة، -وكل ضرر معتبر شرعا، -و ارتكاب فاحشـة مبينة.

2- و إما بالطلاق إذا ملّكها الزوج ذلك ، وهو ما يعرف بالتفويض[50]، و هو الأمر الذي لم ينص عليه المشرع الجزائري ، على خلاف بعض القوانين العربية و الإسلامية. كالقانون المصري مـثلا، غـير أن المشرع الجزائري قد أحال هذا الأمر إلى أحكام الشريعة الإسلامية من خلال نص المادة 222 من قـانون الأسرة الجزائري.

إن حق المرأة في التطليق لا يقوم إلا بناءًا على مبررات شرعية، قيدها الشرع الإسلامي، ومـن ورائه قانون الأسرة الجزائري، حيث وقفت الشريعة الإسلامية إلى جانب الزوجة و عملت علـى رفـع الظلم عنها فمنحت الزوجة حق طلب التفريق، و أوجبت على القاضي أن يجيبها إلى طلبها [51]، وينظـر في الأسباب الضارة بالمرأة، ويعمل على إنصافها حسبما تقره العدالة، فإذا ثُبت لديه مضـارة الزوجـة وأثبتت الزوجة بأي طريق من طرق الإثبات ما يسوغ شرعا تطليقها، حكم القاضي بتطليقها بناء على طلبها و يكون تطليق القاضي لها نيابة عن الزوج[52].

## الفرع الأول - مفهوم التطليق :

1- **التعريف اللغوي** : التطليق مأخوذ من الفعل طلق، يطلق، طلاقا و تطليقا، فهو مأخوذ من الإطلاق و معناه الترك.

2- **التعريف القانوني** :إن المشرع الجزائري لم يخص التطليق بتعريف معين بل اكتفى بتحديد أسبابه في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، بل أدرجه ضمن مفهوم الطلاق من خلال المادة 48 مـن قـانون الأسرة الجزائري ، الطلاق وقد عرفت محكمة النقض المصرية الطلاق بأنه حل رابطة الزوجية الصحيحة بلفظ الطلاق الصريح، أو بعبارة تقوم مقامه تصدر ممن يملكه و هو الزوج أو نائبه[53]، والتطليق مشـتق من الطلاق، يقوم به القاضي نيابة عن الزوج و جبرًا عنه إذا توفرت الأسباب الشرعية و القانونية لذلك.

3- **دليل مشروعيته** :

---

[50]- الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب الإمام أبي حنيفة – مرجع سابق، ص 80.

[51] - بدران أبو العينين بدران –الفقه المقارن للأحوال الشخصية - مرجع سابق، ص 429.

[52] - المستشار محمد عزمي البكري -موسوعة الفقه و القضاء في الأحوال الشخصية – الطبعة الثانية – 1994 دار محمـود للنشـر والتوزيع – مصر.ص 7.

[53] - محمد عزمي البكري - موسوعة الفقه و القضاء في الأحوال الشخصية - مرجع سابق ، ص 8.

***1- من الكتاب*** :لم ترد آيات في كتاب الله الكريم تدل صراحة على مشروعية التطليق إلا أن هناك من الآيات ما يدل ضمنيا على أن للمرأة حق طلب التطليق إذا لحق بها ضرر منها قولـه تعـالـــى [وَلا تُمْسِكُوهُن ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا][54].

و قوله تعالى في الآية 19 من سورة النساء [وَعَاشِرُوهُن بِالْمَعْرُوفِ].

***2- من السنة*** : قوله صلى الله عليه وسلم ◷ لا ضرر و لا ضرار ... ★.

**الفرع الثاني - الحكمة من التطليق :**

إذا كانت غاية الطلاق -مع كراهيته- رفع الضرر على الزوجين معـا أو علـى أحـدهما، إذا أوصدت كل الأبواب في وجه الصلح و التفاهم بينهما ، فإن هدف التطليق هو رفع الضرر عن الزوجة دون الزوج إذا توفرت أسبابه، على أن تكون هذه الأسباب و المبررات شرعية، وعلى أن تثبت الزوجة كذلك الضرر اللاحق بها بكل وسائل الإثبات، حتى لا تتعسف في استعمال حقها.

إن حقها في التطليق ثابت شرعا و قانونا و لكن من جهة أخرى الـزواج عقـد أبـدي لازم، ونعمة، والطلاق و التطليق قطع لهذه النعمة، و لا يجوز قطع النعمة هذه إلا للضرورة .

فالحكمة من طلب الزوجة التطليق يمكن تبيانها من عدة أوجه منها :

1- حفظ حقوق المرأة ورفعها إلى مستوى الكرامة الإنسانية، وذلك بمنع الرجل من أن يسيء استعمال ما خوله له من القوامة على الأسرة[55] .

2- تغيير نظرة الرجل إلى المرأة، فليست مجرد منفعة مالية يحوزها كما هو منطق الماديين، وليست مجـرد متعة شهوانية كما يقول أصحاب الغرائز، لكنها وصلة إنسانية رفيعة مرموقة تقوم على المـودة والتراحم، والتكامل النفسي و المادي و الجسدي والله عز وجل يقول {وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِـنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدةً وَرَحْمَةً إِن فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ } [56].

3- تذيب الرجال و تخليصهم من روح التسلط بحكم التفوق الطبيعي عليهن، حيث أوصى الرسول ε بالنساء خيراً في الكثير من الأحاديث منها قوله ε ◷ استوصوا بالنساء خيرا ★ [57] و قولـــه ε ◷ أكمل المؤمنين إيمانا أحسنهم خلقاً، وخياركم لأهله ★

---

[54]- الآية 231 من سورة البقرة.

[55]- عبد الحافظ عبد ربه –الثورة الاجتماعية في الإسلام- دار الكتاب اللبناني، بيروت 1980 ، ص 100.

[56]- الآية 231 من سورة الروم.

[57]- عبد الحميد خراز – فلسفة الزواج و بناء الأسرة في الإسلام –الطبعة الثانية – 1987 –دار الشهاب –باتنة- ص 237.

4- تحريم كل أساليب الإضرار و الإيذاء، بمختلف صور من عدم إنفاق أو عيب مستحكم، أو غياب أو حبس أو فاحشة، و بالتالي يتحطم طغيان الرجل عندما يعلم أن لها حق طلب التطليق.

5- حماية الأسرة من التفكك والانحلال وتشرد الأولاد، وما ينجر عن ذلك مـن مسـاوئ وأخطـار متنوعة.

لقد ذهب أغلب الفقهاء إلى أن الأصل في الطلاق الحظر لا الإباحـة، فـالطلاق لا يبـاح إلا لحاجة، فـتحمل لفظ المباح على ما أبيح في بعض الأوقات ، أي أوقات تحقق الحاجة المبيحة، فـإذا لم تكن هناك حاجة فإن الطلاق و التطليق يكون حمقا و سفاهة رأي و مجرد كفران النعمة [58].

و قد توسع المشرع الجزائري في أسباب التطليق، حماية لحقوق المرأة ، و كي لا يبقى الطـلاق حكرا على الرجل يتلاعب به، و يستعمله كوسيلة للانتقام من المرأة وقت ما شاء و كيف ما شاء.

و سمح للزوجة بطلب التطليق، إن ما لحقها ضرر ثابت من زوجها. فدرء المفاسد مقدم علـى جلـب المصالح [59] حسب ما يستنتج من أحكام القواعد الشرعية و الفقهية، و بالتالي يرفع الضرر عن الزوجـة على حساب مصلحة الأسرة .

---

[58] - محمد عزمي البكري – موسعة الـفقه و القضاء في الأحوال الشخصية – مرجع سابق ص، 8 .

[59] - د/ فتحي الدريني – نظرية التعسف في استعمال الحق – الطبعة الثالثة 1981 مؤسسة الرسالة –بيروت، ص238.

# الباب الأول .
# التطليق للإعسار بالنفقة و العيوب.

لقد حصر المشرع الجزائري أسباب طلب الزوجة للتطليق في المادة 53 في سبع حالات، تضمنتها الفقرات السبعة. نتطرق في الباب الأول إلى جواز التطليق للإعسار بالنفقة وما يتعلق بها من أحكام وكذا تقديرها، سبب وجوبها، أنواعها وتاريخ استحقاقها، ومسقطاتها، و الاختلاف الفقهي بين القائل بجواز التفريق للإعسار و الرأي المخالف، وتبيان موقف المشرع الجزائري من ذلك، وتلك هي النقاط التي يشملها الفصل الأول من هذا الباب.

أما الفصل الثاني فيتضمن التطليق للعيوب. ونبرز من خلاله معنى العيوب، وأنواعها والعيوب المعتبرة، ومشروعية التطليق بها، بالإضافة إلى العيوب المصرح بها، و المسكوت عنها و الطارئة بعد الزوج، وكيفية التفريق بين الزوجين للعيوب، أي صاحب الحق في اختيار المفارقة، والتفريق باشتراط السلامة من العيوب، و تبيان نوع الفرقة هل هي طلاق أم فسخ.

## الفصل الأول :
## التطليق للإعسار بالنفقة :

يشمل هذا الفصل على ثلاثة مباحث أساسية نتناول في الأول النفقة في مفهومها وحكمها وتقديرها وسبب وجوبها وشروط ذلك في ق.أ.ج. وكذا تاريخ استحقاقها ومسقطاتها .

أما المبحث الثاني فيحمل عنوان حكم التفريق للإعسار ويحتوي على الرأي القائل بعدم جواز التفريق بين الزوجين للإعسار، و الرأي القائل بجواز ذلك مبرزا موقف ق.أ.ج.

و في المبحث الثالث نتطرق إلى بعض الأحكام المتعلقة بجواز التفريق لعدم الإنفاق ومقدار النفقة الموجبة للتفريق ونوعها و المدة التي تنتظرها الزوجة و نوع الفرقة الحاصلة بسبب الإعسار.

## المبحث الأول : – مفهوم النفقـة، حكمها، سببها، تقديرها :

إن النفقة تعتبر أثـر من الآثار المترتبة على عقد الزواج الصحيح، المسـتوفي لجميـع أركانـه وشروطه، وعليه يترتب حق الزوجة على زوجها بأن ينفق عليها، و لو كانت غنية [60] مسلمة أو غـير مسلمة. إن نفقة الزوج على زوجته واجبة، لأن الإنفاق من أثار النكاح .

- أسباب ثلاثة – حسب الفقهاء- توجب النفقة وهي الزوجية والقرابة و الملكية [61]. وقد نص قـانون الأسرة الجزائري في المادة 37 الفقرة 1 أنه يجب على الزوج نحو زوجته : - النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها.

- لا يمكن القول بالتفريق بين الزوجين للإعسار بالنفقة إلا بعد معرفة حكم النفقة و ذكـر أنواعهـا والشروط الشرعية الواجب توفرها ، و ما يراعي عند تقديرها و كيفية تقديرها.

### المطلب الأول - النفقة مفهومها وحكمها :

- قبل التعرض لحكم النفقة و الدليل عليها نذكر تعريفها.

- **النفقة لغةً** : مشتقة من النفوق ( بضم النون ) أي الهلاك أو من النفاق أي الرواج [62].

- **اصطلاحًا** : إخراج الشخص مؤونة من تجب عليه نفقته، و سمي المال الذي يصرفه الإنسان على غيره نفقة لما في ذلك من هلاك المال [63].

---

60 - بدران أبو العينين بدران - الفقه المقارن للأحوال الشخصية- مرجع سابق ص 81.

61 - بدران أبو العينين بدران - الفقه المقارن للأحوال الشخصية –نفس المرجع ، ص 232.

62- إبن منظور جمال الدين أبو الفضل – لسان العرب –دار المعارف –القاهرة – ج6 – ص 4507.

63 - بدران أبو العينين بدران - الفقه المقارن للأحوال الشخصية –مرجع سابق - ص 232.

**- حكمها** : إن الحكم الذي توصف به النفقة هو الوجوب، وذلك ما يدل عليه القرآن الحكيم والسـنة النبوية والإجماع والمعقول و غالبية التشريعات العربية و الإسلامية في الأحوال الشخصية.

**أ- الكتاب** : - قال تعالى :[ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُن وَكِسْوَتُهُن بِالْمَعْرُوفِ ] [64].

و المراد بالمولود لـه هو الأب، و الرزق في هذا الحكم، الطعام الكافي و الكسوة و اللباس و المعـروف هو المتعارف عليه من غير تفريط و لا إفراط [65].

قال تعالى :[ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِما آتَاهُ اللهُ لا يُكَلِفُ اللهُ نَفْسًا إِلا مَا آتَاهَا ] [66].

- قال سبحانه وتعالى :[ أَسْكِنُوهُن مِنْ حَيْثُ سَكَنتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ] [67].

و من الملاحظ أن الآية وردت في حق المطلقات وهن في العدة فحق الزوجات أولى.

**ب- السنة** : قوله ε في حجة الوداع ◷ إتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بـأمر الله، واسـتحللتم فروجهن بكلمة الله، ولكم عليهن ألا يوطئن فراشكم أحدًا تكرهونه، فإن فعلن ذلك فاضربوهن ضـربا غير مبرح و لهن عليكم رزقهن و كسوتهن بالمعروف★ [68].

و عن الرسول ε أنه قال ◷ الدنانير أربعة، دينار تنفقه في سبيل الله، ودينار تعطيه للمساكين، ودينـار تعطيه في رقبة، ودينار تنفقه على أهلك، و أعظمها أجرًا الدينار الذي تنفقه على أهلك ★ [69].

- روي أن رجلاً جاء إلى النبي ε فقال ما حق المرأة على زوجها ؟ فقال ε : ◷ يطعمهـا إذا طعـم، ويكسوها إذا اكسي ★ [70].

**جـ -الإجمـاع و المعقول**: فقد اتفق المتهدون من عهد الرسول ε إلى الآن على وجوب نفقة الزوجة على زوجها، حيث أنا حبست بحكم الشرع لخدمة الزوج، بمقتضى عقد الـزواج ورعايـة الأولاد و

---

64 - جزء من الآية 233 من سورة البقرة.

65 - السيد سابق – فقه السنة – الجزء الثاني – الطبعة السابعة – 1985- دار الكتاب العربي –بيروت ، ص 169.

66 - الآية 7 من سورة الطلاق.

67 - جزء من الآية 6 من سورة الطلاق.

68 - أبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص –أحكام القرآن الكريم- دار الكتاب العربي –بيروت – الجزء الأول ص 375.

69 - الإمام أبي حامد محمد بن محمد الغزالي – إحياء علوم الدين – الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، دار القلم بيروت ، ص46

70 - السيد سابق – فقه السنة – الجزء الثاني- مرجع سابق ص 170 .

2 – نصر بن محمد بن ابراهيم السمرقندي –تنبيه الغافلين –المكتبة الملكية - الأزهر – مصر ، ص187.

شؤون البيت، فهي بذا لا يتيسر لها الخروج لطلب الرزق، فاستحقت النفقة لذلك، مثلها مثل العامل الأجير في إحدى مصالح الدولة، فمقابل تفرغه لخدمة المصالح العامة يستحق أجرة تكفيه وتكفي من يعول، وذلك ما تقرره إحدى قواعد الشريعة فمن حُبِسَ لحقِ غيرِه، فنفقته واجبة عليه [71].

فالملاحظ أن الإجماع في مثل هذا الأمر وارد، وذلك ما يقره العقل الموضوعي السوي، حيث يكون للزوجة الحق في النفقة، إلا إذا كان هناك مانع كأن تكون ناشز مثلاً أو غيره مما يسقط النفقة عليه.

**د- القانون** : لقد نص ق.أ.ج في المادة 37 على أنه يجب على الزوج نحو زوجته:

1- النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها .

2- العدل في حالة الزواج بأكثر من واحدة.

كما نص في المادة 74 على وجوب نفقة الزوجة على زوجها ، وحدد المشرع ما تشتمل عليه النفقة (المادة 78 ) . وما يراعيه القاضي عند تقدير النفقة ( المادة 79 ) ، و مدة استحقاقها في المادة 80 من قانون الأسرة الجزائري.

و الملاحظ في هذا الصدد أن المشرع الجزائري عندما ذكر واجبات الزوج نحو زوجته، إكتفى بالإشارة إلى إثنين منها فقط، هما واجب النفقة على الزوجة و واجب العدل عند التعدد في المادة 37 من ق.أ.ج لا يعني ذلك إعفائه من باقي الواجبات، بل يجب على الزوج تحمل مسؤولياته وواجباته الشرعية المختلفة المقررة شرعاً و قانوناً. وما لم يذكره القانون يحال إلى الشريعة الإسلامية تطبيقًا للمادة 222 من نفس القانون التي تقضي بأن كل ما لم يرد عليه النص في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

وقد ذهبت المحكمة العليا في اجتهاداتا القضائية في عدة أحكام إلى وجوب النفقة على الزوجة من طرف زوجها، إلا إذا صدر منها ما يعتبر نشوزا ونذكر بعض الأحكام منها :

1- إن حق النفقة مرتبط بحق التمتع بالزوجة ولو حكما [72].

2- من المقرر قانوناً أن امتناع الزوجة عن استئناف الحياة الزوجية المحكوم بها بأحكام أصبحت نائية يعتبر نشوزا منها وبالتالي تفقد حقوقها الزوجية من النفقة و غيرها [73].

---

[71] - محمد أبو زهرة - الأحوال الشخصية – طبعة 1957 ، ص 332.

[3]- د/ يوسف القرضاوي – هدى الإسلام – فتاوي معاصرة في شؤون المرأة و الأسرة -دار الشهاب باتنة عام 1987، ص 154.

[72]- م.ع.غ.أ.ش –10-02-1986 – ملف رقم : 39394 – نشرة قضائية – عدد 44 . ص 151.

3- من المقرر شرعا بأن النفقة حق ثابت من حقوق الزوجية يتعين على القاضي الحكم بها [74].

4- إن القواعد الشرعية تقرر للزوجة الحق في مطالبة زوجها بإسكانها منفردة مستقلة عن أهله، ولو لم تكن تحفظت بذلك الحق حين عقدة النكاح، أو سبق لها أن سكنت مع أقارب زوجها ثم اشتكت الضرر بسبب جوارهم [75].

## <u>المطلب الثاني</u> - سبب وجوب النفقة و شروط ذلك في ق أ ج :

إن سبب وجود النفقة عليها هو جزاء احتباسها لحقه ومنفعته، لأن عقد الزواج متى وقع صحيحا، صارت الزوجة حلالا للزوج و لا تحل لغيره أن يستمتع بها ، صيانة لنسب أولاده من الاختلاط [76]، وأن تقوم بالمقصود من الحياة الزوجية من تربية ورعاية الأولاد، و رعاية شؤون البيت والقرار فيه وعليه نظير ذلك، أن يقوم بكفايتها و الإنفاق عليها مادامت الزوجية بينهما قائمة، و لم يوجد نشوز أو سبب يمنع من النفقة، فأعظم الشقاق أن يكون الخصام بينهما في النفقة[77] .

إن العقد الصحيح شرط لوجود الاحتباس، وهو السبب في وجوب نفقة الزوج على زوجته، والملاحظ أن عقد الزواج ليس هو السبب المباشر في وجود نفقة الزوجة على زوجها مثل المهر، ولكن السبب هو إحتباس الزوج لزوجته، و دخولها في طاعته، و إستيفائه لحقوقه الزوجية، والاحتباس لا يتحقق إلا بتسليم الزوجة نفسها حقيقةً أو حكمًا [78] ، وذلك بأن تكون غير ممتنعة من الانتقال إلى بيت الزوجية، وقد نص المشرع الجزائري في المادة 74 من ق.أ.ج على أنه: " تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو عودتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78 – 79- 80 من هذا القانون".

---

73- م.ع.غ.أ.ش –24-02-1986 – ملف رقم : 39941 ( غير منشور ) – العربي بلحاج -قانون الأسرة – مبادئ الإجتهاد القضائي ديوان المطبوعات الجامعية 1994 ،ص 44 .

74- م.ع.غ.أ.ش –10-02-1971 – النشرة القضائية - عدد 2- 1972، ص35.

75- م.ع.غ.أ.ش –04-11-1985 – ملف رقم : 38331 – نشرة قضائية – عدد 1 ، ص 101.

76- بدران أبو العينين بدران - الفقه المقارن للأحوال الشخصية -مرجع سابق ، ص 234 – 235 .

77- أبي صديق بن حسن بن علي الحسيني القنوجي البخاري – الروضة الندية شرح الدرر البهية – الجزء 2- دار الجيل –بيروت لبنان-ص55.

78- السيد سابق – فقه السنة – الجزء الثاني- مرجع سابق ص 171 و ما بعدها.

ويفهم من نص المادة، أن سبب وجوب النفقة عليها هو الدخول بها أي استيفاء حق الاحتباس والاستمتاع بها، و إن امتنعت عن الانتقال إلى بيت الزوجية أو إنتقلت ولم تمكنه من نفسها و تراعي شؤون الأولاد و المنزل فإنها تعتبر ناشزًا و لا نفقة لناشز [79]، و إلى ذلك ذهبت المحكمة العليا في إحدى أحكامها، بقولها "من المقرر شرعا أن سقوط النفقة عن الزوجة لا يكون إلا بعد ثبوت أنها بلغت بالحكم النهائي القاضي برجوعها لمحل الزوجية، وبعد ثبوت إمتناعها عن تنفيذ هذا الحكم مما يجعلها ناشزا عن طاعة زوجها ... " [80].

ولقد روي عن الرسول ε عندما تزوج عائشة رضي الله عنها و دخلت عليه بعد سنتين ولم ينفق عليها، إلا من حين دخلت عليه .

و عليه فإن شروط وجوب النفقة يمكن حصرها في :

1- أن يكون عقد الزواج صحيحا شرعا، فالعقد الفاسد والباطل لا يرتب النفقة، بل يجب أن يستوفي أركانه طبقًا للمادة 9 من ق.أ.ج " يتم عقد الزوج برضا الزوجين وبولي الزوجة وشاهدين وصداق".

فغياب ركن من الأركان يبطل عقد الزواج، و بالتالي يفقد الاحتباس و يتبخر حق الاستمتاع، بل أن المشرع الجزائري ذهب إلى إفساخ العقد في المادة 32 ق.أ.ج التي تنص على أنه " يفسخ النكاح، إذا اختل أحد أركانه أو إشتمل على مانع، أو شرط يتنافى و مقتضيات العقد أو ثُبَتَت ردة الزوج".

2- أن تكون الزوجة صالحة لاستمتاع الزوج بها ، بعد أن تسلم نفسها إليه، و تكون صالحة للمعاشرة، و غير صغيرة عاجزة على المباشرة الجنسية و الخدمة و الإئتناس، وعادة تكون قادرة مادام المشرع الجزائري قد قيد سن زواج الأنثى بـ 18 سنة و هذا في المادة 7 من قانون الأسرة ، أما إذا كانت الزوجة مستعدة لأداء واجبها من المعاشرة، و العيب في الزوج بعجز أو مرض أو سفر أو غيره فالنفقة واجبة لها عليه حسب غالب الفقه ، وبذلك قضت المحكمة العليا بقولها " إن حق النفقة مرتبط بحق التمتع بالزوجة و لو حكما " [81].

و مما تقدم نلاحظ أن المشرع الجزائري، قد أخذ بما تم الاتفاق عليه بين الفقهاء في المادة 74 من ق.أ.ج و التي تحصر في عقد الزواج الصحيح و الدخول بالزوجة، و كون الزوجة صالحة للمعاشرة، حتى يتحقق الهدف الأساسي من الزواج كرابطة مقدسة بين الذكر والأنثى، التي تجب المحافظة عليها من

---

[79] - الإمام ابن رشد – بداية المجتهد ونهاية المقتصد –الجزء الثاني –مطبعة المعاهد –مصر 1354 هـ ، ص 51.

[80] - م.ع.غ.أ.ش –09-07-1984 – ملف رقم : 33762 – المجلة القضائية – عدد 4 - 1989 ، ص 119.

[81] - م.ع. غ.أ. ش - 10 فبراير 1986 نشرة قضائية عدد 44 ص 151 .

الطرفين بحيث تقوم الزوجة بواجباتها نحو زوجها و تكون امرأة صالحة، إذا نظر إليها سرته و إذا أمرهـا أطاعته ( المادة 39 )، و إذا غاب عنها حفظته في ماله و عرضه [82]، بل أن مصطلح الطاعـة يشـمل في معناه تمكينه من نفسها، مع الأخذ بعين الاعتبار المبدأ المعروف القاضي بألا طاعة لمخلـوق في معصـية الخالق". و ذلك حق جوهري للزوج، يقوم الزوج بالمقابل بالإنفاق عليهـا (المادة 37 من ق.أ.ج ) ، " إن حق النفقة مرتبط بحق التمتع بالزوجة و لو حكمًا " [83] ، ومن المقـرر قانونًا أن امتناع الزوجة عن استئـناف الحياة الزوجية المحكوم بها بأحكام نهائية، يعتبر نشوزًا منها، وبالتالي تفقد حقوقها الزوجية من نفقة و غيرها. فالأمر يدور بين الواجب والحق فواجبها حق للزوج، واجب الزوج هو النفقة التي تمثـل حقًا للزوجة .

- وعند المالكية و الشافعية أن المرأة إذا سلمت نفسها إلى الزوج و هي صغيرة لا يجامع مثلها فلا تجـب النفقة لها لأنه لم يوجد التمكين التام من الاستماع، فلا تستحق العوض من النفقة ، و إذا كان التمكين من جانبها و تعذر على الزوج إستيفاء حقه لكبر أو مرض أو غيره، فلها النفقة لأنه هو الذي فوت حقه على نفسه و هو رأي أبي حنيفة [84].

## المطلب الثالث - أنواع النفقة و تقديرها .

**الفرع الأول- أنواعهـا** : نص المشرع الجزائري في المادة 78 من قـانون الأسـرة " بأنـه تشمل النفـقة : الغذاء، الكسوة، العلاج، و السكن أو أجرته، و ما يعتبر من الضروريات في العـرف والعادة ".

ومن هذه المادة يتبين لنا أن النفقة تشمل الأنواع التالية :

1- الطعام و الشراب و الغذاء.

2- اللباس والكسوة.

3- المسكن الصالح أو أجرته على حساب يسار الزوج.

4- العلاج بالقدر المعروف .

5- الضروريات في العرف و العادة .

---

82 - محمد علي الصابوني – من كنوز السنة –دراسات أدبية و لغوية من الحديث الشريف – مكتبة رحاب الجزائر. -ص 189.

83 - م.ع. غ.أ.ش - بتاريخ 10 فبراير 1986 ملف رقم : 39394 نشرة قضائية عدد 44 ص 151 .

84 - السيد سابق – فقه السنة – الجزء الثاني- مرجع سابق - ص 171 و ما بعدها.

إن النص القانوني واضح، فيجب على القاضي الذي سيحكم بمثل هذه النفقة للزوجة في حالة الـ اع، أن يأخذ بعين الاعتبار كل هذه العناصر مجتمعة عندما يقرر الحكم بالمبلغ المناسب للنفقة المطلوبة، كمـا أن تعداد أنواع النفقة الزوجية، يتناسب مع حاجة الزوجة و يتفق مع مدلول قولـه تعـالى: [ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُن وَكِسْوَتُهُن بِالْمَعْرُوفِ لا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلا وُسْعَهَا ] [85].

و لقد أحسن المشرع صنعًا، عندما نص على أنه يدخل في النفقة ما يعتبر من الضـروريات في العرف والعادة، و في إطار المستوى العام للحياة الاجتماعية في حدود طاقة الزوج بـلا إسـراف و لا تقصير، ذلك أن ما اعتبره المشرع الجزائري من الضروريات في العرف و العادة يتغير حسـب الـزمن والتطور والأمكنة و الأحوال، لأن ظروف الحياة في تغير مستمر، فقد يصبح ما لم يكن مطلوبًا في وقتٍ، لازمًا في وقت آخر، و ما يعتبر من الضروريات في جهة هو من الكماليات في جهة أخرى، ويظهر هذا جلياً في الواقع الاجتماعي و الاقتصادي للأسر الغنية و الأسر الفقيرة و بين الدول الغنية والبلدان الفقيرة.

إن المتتبع لكتب الفقه في المذاهب الأربعة، يجد أن النفقة الواجبة للزوجة تنحصـر في الطعـام والشراب و الكسوة و السكن و متاع البيت و وسائل التنظيف و الخدمة إن احتاجت إليها، و إن كانت ممن تخدم، وأضاف المالكية الزينة التي تتضرر الزوجة بتركها، و أجرة القابلة و جعلوها من جملة النفقـة الواجبة .

**الفرع الثاني - تقدير النفقة الزوجية** :

إن الزوج يقوم بنفسه بالإنفاق على زوجته في العادة ، فيحضر لها ما تحتاج إليـه مـن طعـام وكسوة، وما يكفيها من لوازم المعيشة، كما يعد لها مسكناً شرعياً، وهذا هو الأصل في الإنفاق علـى الزوجة، ومعروف أن الزوجة تقيم في بيت الزوجية مع زوجها، كما جرت العادة أن يشترك الزوجـان والأولاد في الطعام تحت سقف واحد، دون فرض نفقة للزوجة على زوجها لا بطريق التراضي أو بطرق التقاضي، وذلك ما تقتضيه المعيشة الم لية، والمعاشرة الزوجية، و الإنفاق على الزوجة بـهذه الطريقـة يسمى طريقة التمكين [86]، وذلك هو الغالب في الأسرة عندما يكون الزواج ناجحًا، و إلى ذلك ذهبت المحكمة العليا في إحدى اجتهاداتها حيث قالت " من المقرر شرعاً ... أن الشريعة الإسلامية تفرض على

---

[85] - جزء من الآية 233 من سورة البقرة.

[86] - بدران أبو العينين – الفقه المقان للأحوال الشخصية - مرجع سابق، ص 244.

الزوجة الالتحاق بمحل زوجها. فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا لقاعدة مقررة شرعاً ..." [87].

أما إذا رفض الزوج الإنفاق عليها رغم طلبها ذلك منه، فرفعت الأمر إلى القاضي طالبةً حقها في النفقة، وأثبتت صحة دعواها بالبينة القانونية الشرعية، فإن القاضي يحكم لها بالنفقة على زوجها بجميع أنواعها، وتسمى هذه الطريقة بطريقة التمليك.

و النفقة المفروضة على الزوج قضاءًا، أو تلك التي يقررها الزوج على نفسه برضاه، أو بالاتفاق مع زوجته يصح أن تكون أصنافًا من الطعام و أنواعًا من الثياب للشتاء و الصيف في العادة – كما يصح أن يكون المفروض للزوجة على زوجها بالتراضي أو بالتقاضي نقودًا، وذاك هو الغالب في العصر الحديث، حيث جرت العادة أن يتم تحديد مبلغ شهري كافي اتفاقاً أو قضاءًا لتنفق على نفسها طعامًا و كسوةً و سكنًا بدون تفصيل [88].

- و عند تقدير النفقة يجب مراعاة ما يلي:

- مراعاة ما هو الأيسر و الأسهل على الزوج في الدفع، حيث أن المقرر شرعا وقانوناً أن تقدير النفقة يكون حسب وسع الزوج، مثلما عبرت المحكمة العليا في إحدى اجتهاداتا [89].

- كفاية النفقة للزوجة مع مراعاة حال الزوج يسرًا و عسرًا وذلك ما نص عليه قانون الأسرة الجزائري في المادة 79 ، عندما قال " يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين و ظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم".

- و من خلال نص المادة فإن مراعاة فقر أو غنى الزوج و حالته المادية أمرًا ضروريًا و الله عز وجل صرح في القرآن الكريم [لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِما آتَاهُ اللهُ لا يُكَلِّفُ اللهُ نَفْسًا إِلا مَا آتَاهَا ] [90]. وقوله تعالى : [ أَسْكِنُوهُن مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ] [91]. وقوله ε ⓘ أطعموهن مما تأكلون و أكسوهن مما تكتسون ★ [92].

---

[87]- " م.ع.غ أ ش -02 -04 -1984 –ملف رقم 32653 - م ق 1989 – عدد 2 ص 59 " .

[88] - بدران أبو العينين – الفقه المقارن للأحوال الشخصية - مرجع سابق، ص 245.

[3]- د/ يوسف القرضاوي – هدى الإسلام – فتاوي معاصرة في شؤون المرأة و الأسرة - مرجع سابق ، ص 155.

[89]- م.ع.غ.أ.ش –16-01-1989 – ملف رقم : 51715 – م.ق – عدد 2 ، 1992 ص 55 .

[90] - الآية 7 من سورة الطلاق.

[91] - الآية 6 من سورة الطلاق.

[92] - بدران أبو العينين – الفقه المقارن للأحوال الشخصية - مرجع سابق، ص 246.

و يتضح أن ق.أ.ج في المادة 79 قد اختار مذهب المالكية و الحنابلة، و هو اعتبار حال الزوجين يسـرًا وعسرًا، خلافًا للمذهب الحنفي القاضي بتقدير النفقة بحال الزوج المالية فقط. بالإضافة إلى مراعاة حال الأسعار في الأسواق إرتفاعًا و إنخفاضًا عند تقدير النفقة الزوجية رعاية للطرفين، فـلا مـانع إن تـبين للقاضي بعد فرضه النفقة أن يعدلها و لكن بعد مضي سنة كاملة من الحكم حسب المادة 79 من قـانون الأسرة المذكورة أنفًا بعد طلب صاحب المصلحة في ذلك.

**نفقة السكن** : مما تقدم عرفنا أن النفقة تشمل على السكن، يجب إذن على الـزوج إعـداد مسـكنا، مستوفيا للشروط الشرعية، و بعد ذلك يطلب منها الدخول في طاعته في المسكن الذي أعده لها، فـإذا امتنعت بدون مبرر شرعي، كانت ناشزاً و تسقط نفقتها عليه مدة نشوزها، كما يتضح من نص المـادة 78 أنه إذا لم يهيئ لها مسكنًا شرعي فرض لها القاضي أجرة مسكن إذا طلبت الزوجة ذلك، مراعيـا في ذلك الحالة المالية للزوج و أجور المساكن و بذلك حكمت المحكمة العلـيا في بعض اجتهاداتنا القضائية [93].

*** ما يجب توفره** في **المسكن الشرعي** : يكون المسكن شرعياً بتوفر جملة من الأمور فيه منها :

**-** أن يكون ملائم لحال الزوج المادية فقد يكون مـ لاً مستقلاً أو غرفة في مـ ل و يشترط في الحالتين أن تأمن فيها على نفسها و متاعها.

- أن يشتمل على مستلزمات السكن من أثاث و فراش وأدوات مـ لية و مرافق ضرورية.

**-** أن يكون المسكن خاليا من سكن الغير، و لو كان من أهل الزوج لأن راحة الزوجة في المسكن مـن حقوقها و وجود الغير يضايقها من إتمام ا لمعاشرة مع زوجها، وإلى ذلك ذهبت المحكمة العليـا حيـث تقول في إحدى أحكامها " من المقرر شرعًا أن للزوجة الحق في مطالبة زوجهـا بإسـكانها منفـردة و مستقلة عن أهله ..." [94].

**-** أن يكون المسكن بين جيران صالحين تأمن فيه على نفسها.

بالإضافة إلى ما تقدم بخصوص مشتملات النفقة هناك ثمن الدواء و العلاج الذي يقع ضمن النفقة المقررة للزوجة على زوجها بحكم المادة 78 من ق.أ.ج .

و حسنًا فعل المشرع الجزائري عند جعله العلاج ضمن النفقة و هو المعمول به عرفاً.

---

[93] - م.ع.غ أ ش -26 -01 -1987 –ملف رقم 44457 - م ق 1991 – عدد 4 ص 88 .

[94] - م.ع.غ.أ.ش –04-11-1985 – ملف رقم : 38331 – نشرة قضائية 1985– عدد 1 ، ص 101.

وما من شك أن أهل العرف يذمون الزوج القادر المهمل لزوجته المريضة، و يتركهـا دون طبيـب أو علاج، ويدخل في ذلك مثلما يفهم حتما نفقة الولادة و النفاس[95].

**المطلب الرابع - تاريخ استحقاق النفقة و مسقطاتا.**

**الفرع الأول - تاريخ استحقاق النفقة :**

تنص المادة 80 من ق.أ.ج ، بأنه " تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى، و للقاضي أن يحكـم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى ".

ويتضح من خلال نص هذه المادة أن تاريخ استحقاق النفقة يبدأ من تـاريخ رفـع الـدعوى وتسجيلها في كتابة الضبط بالمحكمة، إلى تاريخ صدور الحكم، ولا يجوز للقاضي أن يحكم بنفقة لما قبل الدعوى كقاعدة، و لكن يحدث في الواقع أن الزوجة ترفع دعوى قضائية ضد زوجها طالبةً النفقة لهـا ولأولادها، لمدة طويلة سابقة قد تمتد إلى شهور و سنوات، و تقديرها يكون بمبالغ خيالية، عـادة مـا يكون الزوج عاجزًا عن دفع المبالغ المتراكمة دفعةً واحدة، و خشيةً أن يتابع بجريمة الامتناع عن دفع نفقة مقررة قضاءًا لزوجته و أولاده، يلجأ إلى طلب الطلاق، و لو أنه لم يكن يرغب فيه أصـلاً، وبالتـالي تتفكك الأسرة و يتشرد ربما الأولاد و ما يتولد عن ذلك من مشاكل متعددة.

وأحسن المشرع الجزائري صنعًا عندما منع القاضي من الحكم للزوجة بكل ما تطلبه من نفقـة متراكمة عن مدة سابقة، بل يجب، أن تحكم لها بما تستحقه هي و أولادها في حدود مـا بعـد رفـع الدعوى، و ابتداء من تاريخ تسجيلها في كتابة الضبط بالمحكمة إلى تاريخ صدور الحكم كقاعدة عامـة يرد عليها إستثناءان هما :

- إمكانية الحكم بنفقة مستقبلية لما بعد صدور الحكم بالطلاق و إسناد حضانة الأولاد للمطلقة.
- إن المادة 80 من قانون الأسرة سمحت للقاضي بأن يحكم بالنفقة المتراكمة لمدة سنة واحـدة سـابقة لتاريخ رفع دعوى النفقة التي تستحقها شرعًا، بشرط إثبات عدم إنفاقه بكل الوسائل [96].
- يجوز للمحكمة أن تحكم بنفقة مؤقتة للزوجة، وللأولاد بموجب حكم تمهيدي أثناء إجـراء المرافعـة والمحاكمة ثم تفصل فيها بصفة نائية.

---

[95] - بدران أبو العينين بدران – الفقه المقارن للأحوال الشخصية - مرجع سابق، ص 251.

[96] - عبد العزيز سعد – الزواج و الطلاق في ق.أ.ج - مرجع سابق ، ص 229.

[1] – فضيل سعد -شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق- مرجع سابق ، ص 184 .

و لقد ورد من المحكمة العليا اجتهاداً مفاده "من المقرر قانوناً أنه تُستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى و للقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى ..." [97].

- أما بخصوص مراجعة تقدير النفقة فإن المادة 79 تقرر بوضوح إمكانية ذلك بعد مضي سنة من تاريخ الحكم.

**الفرع الثاني - مسقطات النفقة على الزوج** :

إذا تحققت شروط وجوب النفقة، إستحقت الزوجة النفقة على زوجها، بالتراضـي أو بالتقاضـي و لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء، كما تجوز المقاصة، فإذا كان للزوج دين ثابت على زوجته، جاز أن يطلب منها إسقاط ما يقابل دينه من النفقة المفروضة [98].

إن النفقة على الزوجة واجبة بتوفر عقد صحيح ( المادة 74 من ق.أ.ج ) أو المعتدة بعد عقد صـحيح ( المادة 61 من ق. أ ) وأن تكون الزوجة صالحة للمعاشرة لتحقيق أغراض الزواج، وإذا فُقد شرط مـن هذه الشروط فلا تستحق النفقة وذلك ما يظهر في الزوجات الآتية:

1- المعقود عليها بعقد فاسد، وكذلك المدخول بها بناء على شبهة بغير عقد، فهاتان لا نفقـة لهمـا، لفقدان إحدى الشروط الأساسية لوجوب النفقة وهو عقد الزواج الصحيح، و كذلك إنعدام الاحتباس المشروع [99].

2- الصغيرة التي لا يمكن الانتفاع بها أي لا يمكن الدخول بها حسب تعبير المشرع الجزائري و بالتـالي عدم القدرة على المعاشرة وبذلك تسقط إحدى الشروط الأساسية لوجوب النفقة، وكأن الزوج يـدفع النفقة مقابل الاستمتاع، دون إغفال سن الزواج للأنثى " 18 سنة " حسب المادة 7 من ق.أ.ج .

3- الزوجة المريضة، قبل أن تُزف و لم يدخل بها، وبالتالي انعدام الاحتباس المُفضي إلى إسقاط النفقـة، وعلى عكسها من ذلك الزوجة المريضة تستحق النفقة مع بقائها في بيت الزوجية [100] -حسب قضـاء المحكمة العليا- لأن المرض في بيت الزوجية طارئ و يأخذ حكم الحيض و النفاس، وليس من المروءة ولا من حسن المعاشرة بين الزوجين أن يكون المرض الطارئ عائقا لعدم الإنفاق عليها.

---

97 - "م.ع.غ أ ش -25 -12 -1989 – ملف رقم 57506 - م ق – عدد 3 – 1991 ص 65 " .

98 - العربي بلحاج - شرح قانون الأسرة الجزائري- مرجع سابق ، ص 177.

99 - بدران أبو العينين بدران – الفقه المقارن للأحوال الشخصية - مرجع سابق ص 236.

100 - م.ع.غ أ ش - 10 فبراير 1986- ملف رقم 39394 . م.ق 1989 عدد 1 ص 111.

4- الزوجة الناشز و هي التي خرجت عن طاعة زوجها بدون حق شرعي، و التي خرجت مـن بيـت زوجها بلا إذنه وبغير وجه شرعي، وبالتالي فقد فوتت حق الاحتباس على الزوج و قد نصت المادة 37 من ق.أج على أنه " يجب على الزوج نحو زوجته النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها". و عليه فإن النشوز يظهر في الحالات التالية :

أ- امتناع الزوجة عن الانتقال إلى مـ ل الزوج بدون حق و سبب شرعي معقول، بعد دعوتا إليه، فإذا رفضت الانتقال لعدم دفعه معجل الصداق المتفق عليه فهو مبرر شرعي ويجب النفقة لها على زوجها.

ب- إذا خرجت من بيت الزوج بدون مبرر شرعي، بدون إذن الزوج سقطت النفقة لأنـا في حكـم الناشز إلى حين عودتا.

جـ- إذا كان الزوج يقيم مع زوجته في بيتها بإذنا ومنعته من الدخول سقطت النفقة.

د- إذا حبست الزوجة و لو ظلماً فقد فوتت على الزوج حق الاحتباس، بسبب لا يد له فيه، ونفـس الحكم ينطبق على المغصوبة أو المخطوفة [101].

هـ- إذا سافرت الزوجة وحدها، أو مع غير محرم بدون إذن زوجها، فلا نفقة لها لفوات الاحتبـاس، وإن كان بعض الفقه يقول بعدم سقوط النفقة عند السفر إلى الحج مع ذي محرم لأنه مبرر شرعي [102].

و- الزوجة المحترفة أو الموظفة في التدريس أو التمريض أو الحياكة ، أو المحاماة أو أي عمـل يقتضـي خروجها من البيت، ومنعها زوجها عن العمل، فلم تمتنع، لا نفقة لها حيث تأخذ حكم الناشـز، إلا إذا اشترطت المرأة العمل خارج البيت حين العقد أو إستمرارها فيه، و رضا الـزوج بعمـل الزوجـة، أو سكوته و مع هذا فلا مانع يمنع الزوج من الرجوع عن الإذن لزوجته بالعمل خارج البيت، و عادة فإن اشتراط التوظيف هو شرط صحيح، ولكنه مقيد بعدم التعارض مع مصلحة الأسرة و رعاية الأولاد و أنه طبقاً للمادة 39 الفقرة 1 من قانون الأسرة الجزائري وجب على الزوجة طاعة زوجها وفي حالـة عـدم الامتثال لأوامره صح طلاقها حسب المادة 55 من قانون الأسرة، و امتنع عن أداء النفقة لها وفقًا للمـادة 37 الفقرة 1.

و على العموم فإن سقوط النفقة عند الزوجة الناشز لا يكون إلا بعد ثبوت أنا بلغت بالحكم النـهائي القاضي برجوعها لمحل الزوجية، و ثبوت امتناعها عن تنفيذ هذا الحكم، مما يجعلها ناشز عن طاعة زوجها " حسب قضاء المحكمة العليا " [103].

---

[101] - بدران أبو العينين بدران – الفقه المقارن للأحوال الشخصية - مرجع سابق ص 240.

[102] - بدران أبو العينين بدران – الفقه المقارن للأحوال الشخصية – نفس المرجع . ص 240 وما بعدها.

ي- الزوجة المرتدة لأن ردتا تكون سببًا في فسخ العقد، و تعزر بالضرب و تجبر إلى العودة للإسـلام وتحبس إلى أن تسلم أو تموت في حبسها و بالتالي تسقط النفقة.

و مادام العقد يفسخ بردة الزوج و تَبِينُ زوجته منه تلقائيا، حيث لا يجوز زواج مسلمة بكافر، وتـنص المادة 32 من قانون الأسرة على أنه يفسخ النكاح بثبوت ردة الزوج ، فالزوجية تسقط، وتسقط معهـا النفقة، هكذا نلاحظ أن عدم طاعة الزوجة لزوجها يعد نشوزاً ، و لا نفقة لناشز، ويمكن للزوج تقـديم دفوع تثبت نشوز زوجته، التي رفعت دعوى التطليق لعدم الإنفاق، تنص المادة 37 الفقـرة الأولى مـن ق.أج على وجوب نفقة الزوجة على زوجها " النفقـة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها ".

ولما كانت النفقة تستحق للزوجة نظير احتباسها لمصلحة زوجها المادة 74 " تجب نفقة الزوجـة على زوجها بالدخول با أو دعوتا إليه ببينة ... ".

فقد يدفع الزوج أثناء نظر دعوى التطليق لعدم الإنفاق بنشوز زوجته، فلا يجوز للمحكمة رفض الدعوى بسبب نشوز الزوجة، إلا إذا قدم الزوج ما يثبت دعوته لها للعودة إلى م ل الزوجية [104]، وذلـك مـا قضت به المحكمة العليا، حيث قالت "يعتبر طلب الزوج برجوع زوجته لمحل الزوجية، وطلـب هـذه الأخيرة التطليق أمام الـلس القضائي طلبين جديدين إذا كان موضوع الدعوى طلب الزوج التعـويض لعدم امتثال الزوجة للحكم القاضي عليها بالرجوع لمحل الزوجية و متى حكم بخلاف هذا المبدأ القانوني، استوجب نقض و إبطال القرار الذي قضى في هذه الحالة بالطلاق" [105].

---

[103] - م.ع.غ أ ش 21-04-1986- ملف رقم : 40428 – م.ق 1997 – العدد 4، ص 69.

[104] - العربـي بلحـاج ، الوجيـز في شرح قانون الأسـرة الجزائري - مرجع سابق ص 262 و ما بعدها.

[105] - م.ع. غ.أ.ش –30-06-86 ملف رقم 42870 – الـلة القضائية 1989 العدد 2 ص 88.

## المبحث الثاني : حكم التفريق للإعسار بالنفقة .

إذا لم ينفق الزوج على زوجته وامتنع عن أداء واجبه، فإن ذلك يؤدي إلى فقدان الزوجة لإحدى حقوقها الشرعية الثابتة، وبالتالي يلحقها ضرر بالغ من واجب القاضي رفع هذا الظلم عنها.

فهل يجوز للمرأة أن تطلب من القاضي تطليقها من زوجها؟.

للإجابة يجب أن نفرق بين ما إذا كان الزوج قادرًا و له مال ظاهر، والحالة الثانية أن يكون الزوج معسرًا و عاجزًا عن الإنفاق.

تجمع غالبية الآراء : على أنه إذا كان الزوج قادرًا وذو مال ظاهر يمكن أخذ النفقة منه للزوجة بل لها أن تستوفي حقها من هذا المال، وليس لها الحق في طلب التفريق لعدم الإنفاق، سواءً كان حاضرًا أو غائباً، لأن المقصود هو رفع الضرر و دفع الظلم عنها، ولا حاجة إلى تطليقها [106].

أما إذا لم يكن للزوج مال ظاهر يمكن اخذ النفقة منه سواءً أكان ذلك لفقره أو إعساره أو يجهل ما له، أو لإخفائه لهذا المال بحيث لا يعلم مكانه، فقد اختلف الفقهاء في جواز التفريق بين الزوج والزوجة بحكم القاضي لعدم الإنفاق و نحاول التطرق إلى رأي الفقهاء ثم موقف ق.أ.ج.

## المطلب الأول – حكم التفريق للإعسار في الفقه .

### الفرع الأول - القائلون بعدم جواز التفريق للإعسار .

**أ- المذهب الأول** : المذهب الحنفي ذهب إلى عدم التفريق بين الزوجين للإعسار أو عدم الإنفاق، وللمرأة أن تستدين أو تنفق على نفسها إن كان لها مال، على أن يكون هذا في ذمة الزوج ، كدين على الزوج يدفع لاحقًا عند يساره، ويضيف أصحاب المذهب أنه إذا تبين أن الزوج ممتنع عن الإنفاق ظلمًا حبسه القاضي [107] ودعموا موقفهم هذا بعدة أدلة منها .

---

[106] - بدران أبو العينين بدران - الفقه المقارن للأحوال الشخصية - مرجع سابق ، ص 430،

[1] - السيد سابق – فقه السنة – الجزء الثاني - مرجع سابق ، ص 287 – 288 .

[1] -محمد عزمي البكري –موسوعة القضاء - مرجع سابق ،ص 251 .

[1] -د/عبد الرحمان الصابوني-شرح الأحوال الشخصية السوري - الجزء الثاني- الطلاق وأثاره –الطبعة الخامسة-1979 –الطبعة الجديدة دمشق - ص 82.

[107] - د / عبد الرحمان الصابوني ، -شرح قانون الأحوال الشخصية السوري - مرجع سابق ص 81- 82.

1-قوله تعالى : [لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِما آتَاهُ اللهُ لا يُكَلِّفُ اللهُ نَفْساً إِلا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا] [108].

2- إن الصحابة كان منهم الموسر والمعسر، ولم يعرف عن أحد منهم أن النبي ε فرق بين رجل وامرأته، بسبب عدم الإنفاق لفقره أو إعساره.

3- و قد سأل نساء النبي ε النبي ε ما ليس عنده، فأعتزلهن شهراً [109]، وكان ذلك عقوبة لهن و إذا كانت المطالبة بما لا يملك الزوج تستحق العقاب، فأولى أن يكون طلب التفريق عند الإعسار ظلمًا، لا يلتفت إليه و لا يعتد به أصلاً.

4- إذا كان الامتناع عن الإنفاق مع القدرة عليه ظلماً، فإن الوسيلة في رفع هذا الظلم هي ببيع ما له للإنفاق منه، أو حبسه حتى ينفق عليها، ولا يتعين التفريق لرفع هذا الظلم مادام هناك وسائل أخرى، خاصة أن التفريق أبغض الحلال إلى الله، فكيف يلجأ إليه القاضي و ليس هو السبيل الوحيد لرفع الظلم [110].

هذا إذا كان قادرًا على الإنفاق، فإن كان معسرًا فإنه لم يقع منه ظلم، بل أن الأمر خارج عن إرادته، ووقع جبرًا عنه .

**ب- المذهب الثاني** : مذهب الظاهرية ويرون عدم التفريق للإعسار، و الزوجة ملزمة بالإنفاق من مالها على زوجها إن كانت غنية فضلاً عن الإنفاق على نفسها [111].

- في حين ذهب الإمام ابن القيم الجوزية [112] إلى جواز التفريق للإعسار في حالتين فقط هما :

أ- في حالة قدرة الزوج و امتناعه عن ذلك .

ب- في حالة تغرير الزوج بالزوجة أثناء عقد الزواج على أنه غني و الحال أنه فقير.

وفي كلتا الحالتين فإن إرادة الزوج موجودة، حيث يمتنع عن الإنفاق و هو قادراً، ويدخلها في الغرور و الأكاذيب أثناء العقد، و لولا ذلك ربما لما قبلت به كزوج هي أو وليها، فالمضارة و العدوان تتحقق حين

---

108 - الآية 7 من سورة الطلاق.

109 - محمد حسين هيكل –حياة محمد – الطبعة الثالثة عشر 1975 –دار المعارف مصر. ص 415.

110 - السيد سابق – فقه السنة – الجزء الثاني - مرجع سابق ، ص 288 و ما بعدها .

3 -محمد عزمي البكري - موسوعة الفقه و القضاء في الأحوال الشخصية - مرجع سابق ، ص 253 ،.

111 - عبد الرحمان الصابوني –شرح قانون الأحوال الشخصية السوري – مرجع سابق .ص 82 .

112 - الإمام ابن قيم الجوزية -بدائع الفوائد – المجلد الأول- الجزء الرابع –دار الكتاب العربي بيروت... ص 25.

يكون للشخص فيها فعل و إختيار، و ليس الإعسار منافيا للإمساك بالمعروف [113]، و عليه فلا تملك الزوجة طلب التطليق إذا تزوجته و هي عالمة بإعساره أو كان الزوج موسرًا ثم أصبح فقيرًا معسراً.

**الفرع الثاني – القائلون بجواز التفريق للإعسار:**

أما جمهور العلماء أي الأئمة الثلاثة مالك والشافعي و أحمد [114]، فيذهبون إلى أنه للزوجة حق طلب التفريق من القاضي متى امتنع الزوج عن الإنفاق لعجزه، أو امتنع ظلمًا منه مع قدرته، واستدلوا على ذلك بما يلي:

1- قوله سبحانه وتعالى : ( فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ) و الإمساك بالمعروف يكون بإبقاء حقوق الزوجة و منها النفقة، و إذا لم يقم بهذا الواجب عليه التسريح بإحسان و هذا يكون بتفريق القاضي ، كما استدلوا بقوله تعالى : ( وَلاَ تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا) فالله سبحانه وتعالى ينهى عن إمساك الزوجة على وجه الإضرار بها، وإمساكها مع الامتناع عن إعطائها نفقتها إضرارً واعتداءً عليها فيكون على القاضي رفع هذا العدوان بالتفريق متى طلبت الزوجة ذلك.

2- حديث الرسول ε " لا ضرر و لا ضرار " و أي إضرار يلحق بالمرأة أكثر من ترك الإنفاق عليها و يجب على القاضي أن يزيل هذا الضرر.

3- إن الفقهاء اتفقوا على أن يفرق القاضي بين الرجل وزوجته بسبب العيوب المانعة من المباشرة الجنسية كالجب والخصاء والعنة للظلم في بقائها مع هذه الحال، ولا شك أن ظلم عدم الإنفاق أشد فالتفريق فيه لازم إن طلبته الزوجة لأن الإنفاق من ضرورات الحياة وقوامه التفريق لذلك من باب أولي [115].

- كتب عمر رضي الله عنه، في رجال غابوا عن نسائهم يأمرهم أن يأخذوهم أو ينفقوا أو يطلقوا، فإن طلقوا بعثوا بنفقة الماضي [116].

كما سئل سعد بن المسيب عن الرجل و لا يجد ما ينفق على امرأته ، أيفرق بينهما ؟ قال نعم، وقال: سنة ، وقول سعيد سنة يعني سُنة رسول الله ε .

---

113 - بدران أبو العينين بدران – الفقه المقارن للأحوال الشخصية - مرجع سابق ص 424 .

114 - الإمام ابن رشد - بداية المجتهد و نهاية المقتصد- الجزء الثاني – مرجع سابق - ص 51 و ما بعدها .

115 - السيد سابق – فقه السنة – الجزء الثاني- مرجع سابق ، ص 88 .

3 – محمد عزمي البكري - موسوعة الفقه و القضاء في الأحوال الشخصية - مرجع سابق ، ص 254.

116 - وهبة الزحيلي –الفقه الإسلامي و أدلته – مرجع سابق ص513.

**المطلب الثاني - التطليق لعدم الإنفاق في ق.أ.ج :**

عند تصفح ق.أ.ج، نجد أن المشرع الجزائري قد أعطى لهذا الموضوع نصيباً معتبرًا من الاهتمـام وذلك يظهر من خلال عدة مواد، حيث تحدث عن النفقة في الفصل الرابع الباب الأول مـن تقـنين الأسرة والمتعلق بحقوق و واجبات الزوجين، فنص في المادة 37 الفقرة الأولى : " يجب على الزوج نحـو زوجته: 1- النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها ...".

كما ربط وجوب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه وذلك ما يتضح من خلال نص المادة 74.

أما بخصوص مشتملات النفقة من غذاء و كسوة و علاج و سكن أو أجرته، وما هو في العرف والعادة من الضروريات قد تحدث عنها في المادة 78 من القانون نفسه، بالإضافة إلى المادة 79 التي تضمنت مـا يجب على القاضي مراعاته عند تقدير النفقة حيث يجب عليه الأخذ بعين الاعتبار حال الطرفين و ظروف المعاش العام للمجتمع، و أضافت نفس المادة جواز إعادة القاضي لتقدير النفقـة حسـب المـتغيرات الاقتصادية و الاجتماعية لكن بعد مرور سنة من تاريخ صدور الحكم الأول.

أم المادة 80 فتتضمن على أن النفقة تستحق من تاريخ رفع الدعوى و يمكن للقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى.

هكذا و بعد إقرار النفقة كواجب على الزوج و حق للزوجة في المادة 37 و كـذلك المـواد المتعلقـة بمشتملات النفقة ( المادة 78) و تقديرها (المادة 79 )، و تاريخ استحقاقها و هي نقاط تم التطرق إليهـا سابقًا.

نص المشرع الجزائري في المادة 53 الفقرة الأولى على أنه يجوز للزوجة، أن تطلب الحكم بتطليقها من زوجها بإرادتها المنفردة في حالة عدم الإنفاق بعد صدور حكم بوجوبه، ما لم تكن عالمة بإعسـاره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78- 79 – 80 و بتحليل مبسط لهذا النص، نستطيع استخلاص الشـروط الواجب توفرها لقيام حق الزوجة في طلب تطليقها من زوجها رغمًا عنه، بل بناءًا على إرادتها لوحدها، ويمكن تلخيص هذه الشروط فيما يلي:

**1- الشرط الأول** هو عدم إنفاق الزوج على زوجته أي امتناعه عمدًا و قصدًا عن تقديم مـا تحتاجه الزوجة من غذاء و لباس و علاج وسكن و غيره، حسب نص المادة 78 بحيث ينقطع الزوج عن أداء واجبه نحوها، و بالتالي تتضرر الزوجة أيما ضرر من ذلك هي لوحدها أو بمعية أولادها، وبالتالي يجب

رفع الظلم عليها " فلا ضرر و لا ضرار" [117]، بل أن المشرع الجزائري يعاقب عن عدم الإنفاق عمـدًا وجعل ذلك جنحةً، وافترض أن عدم الدفع "عدم الإنفاق" عمدي ما لم يثبت العكس، وإن الإعسـار الناتج عن الاعتياد على السلوك السيئ، أو الكسل أو السكر لا يعتبر عذراً مقبولاً حسب نص (المـادة 331 من قانون العقوبات ).

2- **الشرط الثاني** لإمكانية طلب التطليق و الحكم به تلبية لرغبتها المنفردة، هو أن يصدر حكم من المحكمة يوجب نفقة الزوجة على زوجها و بعد رفعها لدعوى قضائية طالبةً حقها في النفقة، و هـو حق شرعي، بحيث تثبت بكل وسائل الإثبات المختلفة امتناعه عن الإنفاق لمدة من الـزمن قصـيرة أو طويلة [118]، و عندما يصدر القاضي حكماً لصالحها، يوجب بموجبه على الزوج الإنفاق بمبلـغ معـين يحدده القاضي.

و يفهم ضمنيًا من ذلك أنه لا يمكن للزوجة أن تطلب مباشرة التطليق عند أي خلل في الإنفاق بل يجب أن يسبق ذلك حكم قضائي يوجب الإنفاق، والواجب على الزوج التنفيذ. و في حالة التعنـت وعـدم الإنفاق هنا يجوز للزوجة في مرحلة ثانية أن تطلب التطليق، و حسنًا فعل المشرع الجزائري عندما اشترط ذلك حفاظا على الأسر من التفكك و الانحلال و قد يقوم الزوج بواجبه جبرًا، بعد رفضه للأمر اختيارًا و طواعيةً.

و على العموم يجب أن نفرق بين حالتين :

أ- حالة نقص النفقة و قلتها و ذلك من أجل بناء عش الزوجية، أو تسخير الأموال إلى أكثر أهميـة في حياة الزوجين، و لكن ذلك لا يكون على حساب حقوق الزوجة إلا بموافقتها، و عادة لا تمانع في ذلك لأن المنفعة تعود عليهما معًا بل من واجبها الوقوف إلى جانبه بصبرها على قلة النفقة.

و قد تنقص النفقة لعجز الزوج بسبب صحي أو اقتصادي أو اجتماعي أو غيره، مما يعد عذرًا مقبـول قانونًا ومبرر شرعًا، فلا يطلق عليه القاضي، لأن نص المادة 37 الفقرة 1 من ق.أج تقول " النفقة الشرعية حسب وسعه " ولأن الله سبحانه و تعالى غز وجل يقول [ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِـما آتَاهُ اللهُ لا يُكلفُ اللهُ نَفْسًا إلا مَا آتَاهَا ] [119].

---

[117]- الموطأ للإمام مالك بن أنس –الجزء الأول – علق عليه محمد فؤاد عبد الباقي – دار الكتاب المصري – دار الكتاب اللبناني ص 805.

[118] - عبد العزيز سعد – الزواج والطلاق في ق.أ.ج - مرجع سابق، ص 256.

[119]- الآية 7 من سورة الطلاق.

ب- الحالة الثانية هي حالة عدم الإنفاق أي الانقطاع النهائي عن الإنفاق [120]، بكل ما تشمله من أجزاء و مشمولات حسب نص المادة 78 ، فتكون إذن مبرر شرعي لرفع طلب التطليـق و بالتـالي تؤسـس الدعوى على ذلك.

و الملاحظ عند الإطلاع على المادة 53 الفقرة الأولى من ق.أ.ج "يجوز للزوجـة أن تطلـب التطليـق للأسباب التالية :

1- عدم الإنفاق ، بعد صدور الحكم بوجوبه، ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المـواد 78 – 79 – 80 من نفس القانون ".

وكذلك نص المادة 331 من قانون العقوبات الجزائري ... أن الزوج يطلق و الزوج يدفع و يعاقب ؟.

3- **الشرط الثالث** لإمكانية إثبات حق الزوجة في طلب التطليق من زوجها بناءًا على إرادتـها المنفردة، و دون إرادة زوجها هو أنه يجب ألا تكون عالمة بإعساره وقت زواجهما، فإن كانت عالمـة، بمصدر دخله المحدود كأن يكون موظف أو عامل بسيط بجهد يومي، أو بدون عمل أو أن مهنته ليست مطلوبة اجتماعيا، مما يجعله يعيش انفراجاً ماليًا أحيانًا ويفتقده أحيانًا أخرى فإن رضيت الزواج به على هذا الحال، و رفعت دعواها إلى القاضي تطلب التطليق للعسر الذي علمت به، رَفَضَ دَعْوَاهَـا لِعـدَم التأسيس القانوني، لأن النص القانوني يقول " ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج" ، و يقـع عبـئ الإثبات في هذه الحالة على عاتق الزوج بكل وسائل الإثبات، فإن استطاعت الزوجة، أن تثبت أن عسره هذا جاء بعد زواجهما فإنه ينظر بعد صدور الحكم بالنفقة طبقًا للمواد 78 – 79 – 80 من ق.أ.ج، فإن لم ينفق وطال عسره إلى مدة تضر بالزوجة و لم تلح في الأفق أية علامة لليسر طلق عليه القاضي.

4- **الشرط الرابع** فهو أن الإنفاق الممتنع عن تقديمه للزوجة و التي يحق لها طلب التطليق بسببه هو إنفاق مثل زوجها على مثلها، و بحسب مدخولاته و موارد رزقه، لأنه لا يجوز لها أن تـزعم عـدم الإنفاق عليها إذا طلبت طلبات تفوق دخل زوجها وتعجزه، عملاً بالمادة 79 من ق.أ حيـث أوجـب المشرع على القاضي عند تقدير النفقة، مراعاة حال الطرفين و ظروف المعاش، و معنى ذلك أن حقها في طلب التطليق يسقط إذا وفر الزوج أدنى الضروريات من غذاء و كسوة و علاج وسكن وغيرهـا. وإلى ذلك ذهبت المحكمة العليا بقولها " من المقرر شرعاً وقانوناً أن تقدير النفقة يكون حسب وسع الزوج إلا

---

[120] - عبد العزيز سعد – الزواج والطلاق في ق.أ.ج - مرجع سابق، ص 272.

إذا ثبت نشوز الزوجة، و من المقرر أيضا أن يراعي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعـاش و لا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم ..." [121].

من خلال ما تقدم نلاحظ أن القانون الجزائري قد أخذ برأي الأئمة الثلاثة في التفريـق لعـدم الإنفاق و هو الرأي الراجح لقوة أدلة جمهور الفقهاء، ودفعًا للضرر عن المرأة و لا ضرر و لا ضـرار في الإسـلام [122]، فتنـص المادة 53 الفقرة 1 على أنه يجوز للزوجة، أن تطلب التطليق لعدم الإنفـاق بعـد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج [123].

وقد ذهبت المحكمة العليا في عدة اجتهاداتا إلى ذلك منها:

1- " من المقرر فقهاً و قانوناً أنه يجوز طلب التطليق في حالة عدم الإنفاق ... و أن اللس القضائي لمـا قضى بتطليق الزوجة. لثبوت تضرر الزوجة لعدم الإنفاق يكون بقضائه كما فعل طبق القانون تطبيقـا صحيحا ... " [124].

2- من المقرر شرعا أن للزوجة الحق في السكن المنفرد بعيدا عن أهل الزوج، فليس معنى هذا أنها تطلق إذ لم يكن لها ذلك حالا، بل يجري عليه ما يجري على النفقة ... " [125].

وهناك العديد من الاجتهادات القضائية الصادرة من المحكمة العليا كهيئة قضائية عليا تشرف على تطبيق القانون ، نورد جملة منها ضمن ملحق في النهاية، وذلك بعد توظيف الكثير منها داخل البحث.

و قد اعتنقت غالبية التشريعات العربية رأي الأئمة الثلاثة، منها مثلا ما جاء في المادة 53 مـن القـانون المغربي، و الفصل 39 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، والمادة 110 من القانون السوري، و المـادة 4 من القانون المصري لعام 1920 .

و نذكر بعض النصوص منها :

---

121 - م.ع.غ. أ.ش – ملف رقم : 51715 بتاريخ 16-01-1989 – مجلة قضائية – العدد 2 لعام 1992 . ص 55.

122 - الموطأ –للإمام مالك بن أنس – الجزء الأول –مرجع سابق . ص 745.

123 - يرى الأستاذ علي علي سليمان بأنه من الناحية الشكلية، أو اللغوية فإن المشرع " ما لم تكن عالمة بإعساره غير صحيح" وصحة النص هي " مالم تكن عالمة بإعسار الزوج"- من كتاب الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري- لـ العربي بلحاج- مرجع سـابق ص 276.

124- "م.ع.غ أ ش -26 -01 -1987 – ملف رقم 44457 - م ق 1991 – عدد 4 – ص 88 .

125- "م.ع.غ أ ش -23 -02 -1987 – ملف رقم 44994 - م ق 1990 – عدد 3 – ص 58 .

أ - حيث تنص المادة 4 من القانون المصري رقم 25 لعام 1920 على "حق التفريق بين الزوجة وزوجها لعدم إنفاقه عليها، إذا طلبت الزوجة التفريق بالضرورة، وسواء كان عدم الإنفاق عليها بسبب إعساره، أم كان تعنتاً منه و ظلماً، و يطلقها القاضي عليه و هو حاضر في البلد غير غائب، متى امتنع من تطليقها بنفسه، و لم يكن له مال ظاهر يمكن أن تفرض فيه نفقتها ".

ب- و نصت مجلة الأحوال الشخصية التونسية في الفصل 39 على أنه لا يلزم الزوج بالنفقة إذا أعسر إلا أن الحاكم يتلوم له شهرين، فإن عجز بعد إتمامها عن الإنفاق طلقت عليه زوجته، وإذا كانت الزوجة عالمة بعسره عند العقد فلا حق لها في طلب الطلاق، و هو ما يتفق مع المذهب المالكي [126].

جـ - و نص القانون السوري على أحكام التفريق لعدم الإنفاق فيما يلي :

المادة 110 : 1- "يجوز للزوجة طلب التفريق إن امتنع الزوج الحاضر عن الإنفاق على زوجته، ولم يكن له مال ظاهر، و لم يثبت عجزه عن النفقة ".

2- "إن ثبت عجزه أو كان غائبًا، أمهله القاضي مدة مناسبة لا تتجاوز ثلاثة أشهر، فإن لم ينفق، فرق ا لقاضي بينهما"

و خلاصة الأحكام الواردة في القانون السوري بالنسبة لعدم الإنفاق ما يلي:

- إن كان للزوج مال ظاهر، نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله، من غير حاجة إلى التفريق .

- وإن لم يكن له مال ظاهر: فإن كان حاضرًا و لم يثبت عجزه عن الإنفاق و أصر على الامتناع، فرق القاضي بينهما في الحال.

- وإن أثبت عجزه عن الإنفاق، أمهله القاضي مدة لا تتجاوز 3 أشهر في القانون السوري، و شهرًا في القانون المصري، فإن مضت المدة و لم ينفق فرق القاضي بينهما.

- أما إن كان غائباً و ليس له مال ظاهر، فيجب اعذاره و إمهاله إلى مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر، فإن مضت المدة و لم ينفق على الزوجة فرق القاضي بينهما [127].

و نستخلص من غالبية التشريعات العربية و الإسلامية، قد أخذت بمذهب جمهور الفقهاء مع بعض الاختلافات التفصيلية، و أجازت التفريق بين الزوجين و الزوجة قضائيا، بسبب عدم الإنفاق و مثل ذلك صنع المشرع الجزائري .

---

[126] - عبد العزيز سعد – الزواج والطلاق في ق.أ.ج - مرجع سابق، ص 259.

[127] - عمر رضا كحالة – سلسلة بحوث اجتماعية – الجزء 3 – 5 : الطبعة الثانية 1984 – مؤسسة الرسالة بيروت، ص 135.

[1] – وهبة الزحيلي -الفقه الإسلامي وأدلته - مرجع سابق . –ص 110 و ما بعدها .

وخلاصة القول مما سبق ذكره أن النفقة يتقرر وجوبا مبدئيا بإجراء عقد النكاح، و تتعين بعدما تتحقق شروطها، مع مراعاة حال الزوجين وظروفهما عند تقديرها.

- لكن إذا حدث عجز للزوج، ولم يتمكن من الإنفاق عليها، و الحال أن النفقة واجبة و ضرورية في آن واحد، إذ لا قيام لحياة الإنسان إلا بها، فمالعمل حينئذ؟

- إن من حسن العشرة واعترافاً بالجميل، إذا كان الزوج على الوضعية التي ذكرنا، وكانت الزوجة غنية أو ذات مال أن تصل زوجها بشيء مما تملكه إعانة منها على نواكب الدهر، أما إذا كانت حالتها كحالته من الفقر و الحاجة، فعليها أن تصبر و تشاطره فيما هو فيه، كما شاطرته في غِناه ويسره، فالمرأة الكريمة هي التي تبقى بجانب زوجها في السراء و الضراء، فالفقر ليس عارًا في الشريعة الإسلامية، فالذي أعسر اليوم قد يغني غدًا، إنما العار و كل العار أن يتخلى المرء عن أخيه في وقت هو أحوج ما يكون فيه إلى الصديق فضلاً عن تخلي الزوجة عن زوجها و إن كانت هناك مسؤولية فإنها تقع على كاهل المتمع الذي لم يهيئ سبيل العيش الكريم ، إن أفضل زينة للمرأة هي زينة القناعة، قناعة فاطمة الزهراء التي طوت ثلاثة أيام جوعًا، وعندما رآها الإمام علي رضي الله عنه و قد إصفر لونها قال لها: ما بك يا فاطمة؟ قالت منذ ثلاثة أيام لا نجد شيئًا في البيت فقال لها الإمام :

ولماذا لم تخبريني ؟ فأجابت: ليلة الزفاف قال لي رسول الله ε : يا فاطمة إذا جاءك على شيء فكليه، وإلا فلا تسأليه [128].

لكن إذا صبرت وقت معتبراً فهل لها حق طلب التطليق ؟.

لقد نالت المرأة حقها و لم تظلم منه شيئاً، في شريعة الإسلام الحنيف و فسحت لها الشريعة طريق الخلاص من زواج لم تسعد فيه، بالترافع أمام القضاء المسلم، ليقضي لها بالطلاق من كامل حقوقها، إذا ثبت صدق دعوها، وقد جاء في شرح الدردير " وللزوجة التطليق على الزوج للضرر" [129]، والضرر بمعناه الواسع يشمل انعدام النفقة الضرورية.

---

[128] - أبغض الحلال –نور الدين عتر- مرجع سابق ص 45 .

[129] - فلسفة الزواج و بناء الأسرة في الإسلام –عبد الحميد خزار – الطبعة الثانية –1987 – دار الشهاب باتنة، ص302.

## المبحث الثالث : الأحكام المتعلقة بجواز التفريق للإعسار .

إن المذاهب الفقهية الثلاثة وإن اتفقت على جواز التفريق، بسبب إعسار الزوج بالنفقـة علـى زوجته ( المالكية، و الشافعية و الحنابلة ) . فإنها اختلفت في الكثير من النقاط منها فقدان النفقة الموجبة للتفريق و نوعها، ومدة انتظار الزوجة، ونوع الفرقة وذلك ما نتناوله في المطالب التالية .

### المطلب الأول - مقدار ونوع النفقة الموجبة للتفريق عند الإعسار و مدتها :

#### الفرع الأول – مقدار ونوع النفقة الموجبة للتفريق :

المعتمد في المذاهب الثلاثة المالكية و الشافعية، والحنابلة، أن الإعسار الموجب للتفريق هو العجـز عن النفقة اللازمة و الضرورية في أدنى حالاتها فإذا كان بإمكان الزوج إحضار الضروريات مـن خبـز ودقيق، ومن الكسوة ما به تستر عورتها، ويقيها برد الشتاء و حر الصيف، فلا خيار لها حينئذٍ، و لـو كانت غنية .

فالنفقة المقصودة هي نفقة الضرورة لا نفقة الموسرين أو نفقة أمثاله قبل الإعسار بل مـا يكفيهـا مـن الضروريات فقط، ونفقة الضرورة هو الرأي المعتمد لدى المذاهب الثلاثة [130].

وقد أخذ قانون الأسرة الجزائري بذلك وهو ما يمكن إستنتاجه من نص المادة 37 الفقـرة الأولى التي تقول النفقة الشرعية حسب وسعه، مصداقا لقول الله سبحانه و تعالى [ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَـعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِما آتَاهُ اللهُ لا يُكلفُ اللهُ نَفْسًا إلا مَا آتَاهَا ] [131].

فالوضع هنا هو نقص النفقة دون انعدامها، فإذا توفر ما يعتبر من الضـروريات في العـرف و العـادة -حسب المادة 78 من ق.أ.ج، فإن حقها في طلب التطليق يسقط، حتى و لو حاولـت فـإن دعواهـا القضائية لا تُسمع لعدم التأسيس، أما إذا انعدمت النفقة تمامًا مثلما عبر عنها المشرع الجزائري في المـادة 53 الفقرة 1 " عـدم الإنـفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج ... " و هي حالة انقطاع الزوج نهائيا عن النفقة بكل أجزائها و مشمولاتها حسب نص المادة 78 ، فتكون إذن مبرر لرفع طلب التطليق بتوفر شروط أساسية سبق ذكرها .

الخلاصة إذاً أن مقدار النفقة الموجبة للتفريق بعد الإعسار و نوعها، أنه إذا توفرت الضـروريات فلا يحق لها طلب التطليق لعدم الإنفاق. أما إذا إنعدمت النفقة تمامًا فيجب حسـب ق.أ.ج المـادة 53

---

130 - د / عبد الرحمان الصابوني ، -شرح قانون الأحوال الشخصية السوري - مرجع سابق ص 84 و ما بعدها.

131 - الآية 7 من سورة الطلاق .

فالأمر يمر بشوطين : الأول رفع دعوى النفقة وصدور حكم قضائي يأمره بالنفقة ولكن الزوج يمتنع [132]. والشوط الثاني هو رفع دعوى التطليق. وحسنًا فعل المشرع الجزائري حيث ضيق الطريق أمام المرأة وذلك حفاظاً ما أمكن على الأسرة من التفكك و الانحلال. و ذهبت المحكمة العليا إلى ذلك عندما قررت بأن تقدير النفقة موكول لرأي القاضي، على أساس إمكانيات الزوج المادية و الاجتماعية بعد مراعاة العادة و العرف و الأسعار الجارية في البلد [133]، وقالت المحكمة العليا في أحد أحكامها "...إن تقدير النفقة يكون حسب وسع الزوج ... ويراعي القاضي عند تقديرها حال الطرفين ..." [134] . وكذلك في قرار لمحكمة النقض السورية جاء بأنه يجب على القاضي أن يراعي في تحديد النفقة حال الزوج ووضعه المالي.

**الفرع الثاني - مدة انتظار الزوجة بعد الحكم لها بالنفقة وأثرها على سقوط حقها في طلب التطليق:**

إذا رفعت الزوجة طلبها إلى المحكمة متضمنًا دعوى النفقة، و إلزام زوجها الممتنع عن النفقة بالقيام بواجبه، واستجابت لها المحكمة و قضت لها مع عسر زوجها فما هي المدة التي تنتظرها بعد الحكم؟.

لقد جعل الفقهاء المسلمون هذه المدة متراوحة بين ثلاثة أيام وشهر، ابتداءً من تاريخ صدور الحكم وهو رأي أحمد و الشافعي و لكن الإمام مالك رضي الله عنه جعل المدة خاضعةً للسلطة التقديرية للقاضي ، تحدد المدة بحسب مقتضى الحال، و هو الموقف الأكثر ملائمة واتساقاً مع التشريع، بحيث أن القاضي يقدر المدة انطلاقاً من حالة الزوجين المالية و الاجتماعية و طرقهما المحيطة بما، ولكن لا يمكن في حال من الأحوال أن تبلغ سنة لأنا الحد الأقصى لطلب التطليق بالنسبة لزوجة الغائب، وقال مالك أن بقاء الزوجة مع زوجها رغم عسره و بعد صدور الحكم عليه بالنفقة جائزًا لها شرعًا ويسقط حقها في طلب التطليق [135].

[132] - فضيل سعد -شرح قانون الأسرة الجزائري "الزواج والطلاق"- مرجع سابق . ص 272.

[133] - بلحاج العربي – أبحاث ومذكرات في القانون و الفقه الإسلامي –الجزء الأول – ديوان المطبوعات الجامعية. ص 139.

[134] - م.ع.غ أ.ش ملف رقم 51715 – في 16-01-1989 – م.ق العدد 2 – 1989، ص 55.

[135] - الإمام ابن رشد - بداية المجتهد و نهاية المقتصد- الجزء الثاني – مرجع سابق ، ص 54.

لكن المشرع لم ينص على ذلك بل أجاز لها أن تطلب التطليق بعد صدور الحكم بالنفقـة و لا يسقط حقها إلا برضاها على ذلك، تعتبر راضية بالوضع إذا أثبت للقاضي يقينًا أنها رضت الزواج بـه على عسر كان يعانيه[136].

أما ق.أ.ج فلم يهتم بالمهلة التي يمكن أن تمنح للزوج، وإنما اشترط بدلاً من ذلك أن يكون لدى الزوجة حكم بوجوب الإنفاق صادرًا ضد الزوج، و أن الزوج رغم ذلك لم يقم بواجب الإنفاق عليها، وذلك دون الإشارة إلى أي أجل يتعين مروره بين تاريخ الحكم بوجوب النفقة وتاريخ إقامـة دعـوى طلب التطليق، مما يستوجب الرجوع إلى المدة المحددة في قانون العقوبات [137]. من خلال نص المادة 331 التي جاء فيها أن كل من امتنع عمدًا و لمدة تتجاوز شهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاءً لإعالة أسرته، وعن أداء كامل قيمة النفقة المقررة عليه إلى زوجته أو أصوله أو فروعه رغم صدور حكم ضده بإلزامـه بدفع نفقة إليهم يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاثة سنوات و بغـرامة مالية من 500 إلى 5000 دج ويفترض أن عدم الدفع عمدي ما لم يثبت العكس، و إن الإعسار الناتج عن الاعتياد علـى السـلوك السيئ أو الكسل أو السكر لا يعتبر عذرًا مقبولاً.

و نستنتج من نص المادة 331 من قانون العقوبات بأن عدم الإنفاق على الزوجة لمدة تزيد على شـهرين متتابعين، يكون مبررًا لطلبها التطليق وفقا لما نصت عليه المادة 53 من ق.أ.ج ، وللحصول على حكـم بذلك يشترط :

1- الحصول على حكم صادر عن القسم المدني بالمحكمة يقضي على الزوج بأن يقدم النفقة الشرعية.

2- أن يكون هذا الحكم قد حاز قوة الشيء المحكوم فيه، و لم يعد يقبل أية طريقة من طرق الطعن.

3- أن يكون الزوج قد بلغ بالحكم المسند إليه و طلب منه تنفيذه و ثبت امتناعه بموجب محضر يحـرره كاتب الضبط المكلف بالتنفيذ.

4- ألا تكون الزوجة عالمة بإعسار زوجها و فقره وقت الزواج، وإلا فإنه لا يجوز لها بعد ذلك أن تتظلم منه [138].

و نجد أن المشرع الجزائري قد جعل الامتناع عن تقديم النفقة للزوجة جريمة و ضـمن الجـنح يعاقب عليها بالحبس من 6 أشهر إلى 3 سنوات، وبالغرامة المالية من 500 إلى 5000 دج.

---

136 - فضيل سعد -شرح قانون الأسرة الجزائري "الزواج والطلاق"- مرجع سابق، ص 273 و ما بعدها.

137 - عبد العزيز سعد – الزواج و الطلاق في ق.أ.ج – مرجع سابق، ص 258.

138 - بلحاج العربي –أبحاث و مذكرات في قانون الأسرة والفقه الإسلامي – مرجع سابق ، ص 141 .

و الملاحظ أنه إذا كان قانون الأسرة و من قبله قواعد الشريعة الإسلامية قد قرر إلـزام الـزوج بالإنفاق على زوجته و أولاده ضمانا لاحترام مبدأ التعاون و التكافل بين كامل أفراد الأسرة الذي أقرته الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية، فإن التخلي عن القيام بالإنفاق المطلوب يعتبر نوعًا من التخلـي عن الالتزامات الزوجية و العائلية الذي يستوجب العقاب في الدنيا و الأخيرة، و لقد وقع تدعيم وتأييد هذا المبدأ بالجزاء الوارد في المادة 331 من قانون العقوبات التي جعلت عدم أداء واجب الإنفاق بعد حكم مدني بذلك جريمة جنائية إذا توفرت الشروط و العناصر التالية:

1- شرط وجود حكم قضائي نهائي بشروطه السالف ذكرها.

2- شرط الامتناع المتعمد عن أداء النفقة و بالتالي ذلك يعتبر تحدي للسلطة القضائية و لسلطة الدولة و يؤدي إلى عرقلة تنفيذ الأحكام القضائية النهائية، إلا إذا وجد مبرر شرعي كأن يكون هنـاك خطـأ في الحكم، أو عذر شرعي في التنفيذ مثلاً وعليه فإن عنصر الامتناع المتعمد لم يعد قائمًـا، ولا تسـتطيع المحكمة أن تقضي بإدانة المتهم و معاقبته وذلك بسبب عدم توفر نية العمد، أو القصد المطلـوب لقيـام جريمة الامتناع عن النفقة [139]، مع الإشارة إلى افتراض نية العمد و على المتهم إثبات العكس .

3- أن يكون الامتناع المتعمد قد استغرق شهرين متتاليين دون انقطاع بما يستوجب العقاب ضد الممتنع .

4- الشرط الرابع لقيام جريمة الامتناع عند أداء النفقة المقررة قضاءًا هو كون المبالغ المحكوم بهـا علـى المدعي عليه مبالغ مخصصة لإعالة أحد أفراد الأسرة و تضمنها منطوق الحكم بكل دقة ووضوح، أما إذا كانت المبالغ المحكوم بها لا يتعلق بموضوع إعالة أسرة المدعى عليه كأن يتعلق بدين عليه لزوجته ثابـت قبل صدور الحكم مثلا فلا جريمة بفقدان هذا العنصر.

و هكذا نستنتج أن بعض الفقهاء المسلمين قد جعلوا مدة انتظار الزوجة بعد الحكم لها بالنفقـة، مثل الحنابلة و الشافعية بين ثلاثة أيام و شهر، أم المالكية فجعلوا الأمر خاضع للسلطة التقديرية للقاضي.

و المشرع الجزائري جعلها شهرين رغم عدم تحديدها صراحةً في قانون الأسرة، و لكنه ذكر المدة في المادة 331 من قانون العقوبات في جريمة الامتناع عن أداء النفقة، وإلى ذلك ذهبت المحكمـة العليـا عندما حكمت بما يلي "من المقرر فقهًا وقضاءًا في أحكام الشريعة الإسلامية، أن عدم الإنفـاق علـى الزوجة لمدة تزيد عن شهرين متتابعين يكون مبررًا لطلبها التطليق عن زوجها، وذلك وفقاً لما نص عليـه

---

139 - عبد العزيز سعد –الجرائم الواقعة على نظام الأسرة –الطبعة الأولى – الدار التونسية للنشر – المؤسسة الوطنية للكتاب –الجزائر - ص 30 و ما بعدها.

الفقيه ابن عاصم بقوله : الزوج إن عجز عن إنفاق لأجل شهرين ذو استحقاق بعدهما الطلاق لا مـن فعله وعاجز عن كسوة لمثله، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقًا لقواعد فقهية مستمدة من الشريعة الإسلامية، إذا كان الثابت أن المطعون ضده أدين جزئيا من محكمة الجنح بتهمـة الإهمـال العائلي، وحكم عليه غيابيًا بسنة حبسًا منفذة، فإن قضاة الاستئناف برفضهم طلب الطاعنـة المتعلـق بالتطليق، خرقوا أحكام هذا المبدأ الشرعي، ومتى كان كذلك استوجب نقض القـرار المطعـون فيـه تأسيساً على الوجه المثار من الطاعنة في هذا الشأن " [140].

و هكذا نلاحظ أن المحكمة العليا قررت بأن عدم الإنفاق على الزوجة لمدة تزيد على شـهرين متتابعين يكون مبرراً لطلبها التطليق من زوجها، وذلك وفقًا لما نص عليه الفقيه المالكي ابن عاصم.
كما أنا قررت في قرارها الصادر بتاريخ 23 نوفمبر 1982 "بأنه إذا كان مؤدي نص المادة 331 من قانون العقوبات الحكم جزائيا بالحبس و الغرامة، على كل من امتنع عمدًا و لمدة تجاوز شهرين عن دفع النفقة، با عليه قضاء لصالح من حكم لهم فإنه يشترط للمتابعة الجزائية بذا الجرم أن يكون المحكوم عليه، قد بلغ وفقًا للقانون بالحكم القاضي بالنفقة، وإن القضاء بخلاف ذلك يعد خطأ في تطبيق القانون " [141].

5- المحكمة المختصة بالفصل في دعوى جريمة الامتناع عن النفقة.

إستثناءاً من القاعدة العامة للاختصاص المحلي أو الإقليمي، المنصوص عليه في المادة 329 من قانون الإجراءات الجزائية، التي تمنح سلطة الاختصاص بالفصل في الدعاوى العامة إلى محكمة مواطن المتـهم أو محكمة مكان وقوع الجريمة، أو محكمة مكان القبض عليه جاءت المادة 331 من قانون العقوبات ونصت في فقرتا الأخيرة على أن: المحكمة المختصة بالفصل في الجنح المشار إليها في هذه المادة هي محكمة موطن أو محل إقامة الشخص المقرر له قبض النفقة أو الشخص المنتفع بالمعونة [142].
فالمحكمة المختصة بالفصل في جريمة الامتناع عن أداء نفقة مقررة قضاءًا، هي محكمة موطن الدائن بالنفقة و المستفيد منها.

ونلاحظ حتى في القسم المدني، أن المادة 8 من قانون الإجـراءات المدنيـة، تـنص علـى أن الاختصاص القضائي في الدعاوى المتعلقة بالنفقة، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مـوطن أو مسكن الدائن بقيمة النفقة.

---

[140] -م.ع.غ. أ.ش –19-11-1984 ملف رقم 34791 – م.ق 1989 عدد 3 ص 76.

[141] - بلحاج العربي- الوجيز في شرح قانون الأسرة – مرجع سابق. ص 280.

[142] - عبد العزيز سعد –الجرائم الواقعة على نظام الأسرة –مرجع سابق. ص 33 –34 .

- أما النفقة بين تاريخ رفع دعوى النفقة و الحكم با تخضع للاستعجال.

وهكذا نستنتج أن بعض الفقهاء المسلمين قد جعلوا مدة انتظار الزوجة، بعد الحكم لها بالنفقة مثل أحمد بن حنبل و الشافعية بين ثلاثة أيام وشهر، و المشرع الجزائري جعلها شهرين رغم عدم تحديدها في قانون الأسرة، و لكنه ذكر المدة في المادة 331 من قانون العقوبات فإن الحال هو الرجوع إلى الراجح في الفقه الإسلامي، تطبيقًا للمادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، التي تنص على الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يرد فيه النص عليه في هذا القانون .

و إلى ذلك ذهبت المحكمة العليا عندما حكمت بما يلي : " من المقرر فقهًا وقضاءًا في أحكام الشريعة الإسلامية، أن عدم الإنفاق على الزوجة لمدة تزيد عن شهرين، يكون مبرراً لطلبها التطليق عن زوجها..."[143] .

**المطلب الثاني - نوع الفرقة بسبب الإعسار بالنفقة.**

مما سبق ذكره عرفنا أن للزوجة أن تطلب تطليقها من زوجها عند القاضي بعد إثبات زوجيتها و عدم إنفاقه، رغم صدور حكم قضائي يلزمه بذلك، ولم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج حسب المادة 53 من ق.أ.ج فما هو الأثر المترتب على الفرقة بالإعسار ؟.

تنص المادة 48 من ق.أ.ج على أن " الطلاق حل عقد الزواج، ويتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53-54 من هذا القانون".

عندما نتمعن قليلاً في نص هذه المادة نلاحظ أن الطلاق هو رفع قيد الزواج الصحيح في الحال أوالمآل، أما إذا كان الزواج غير صحيح فرفع أحكامه لا تكون طلاقًا بل يسمى فسخاً للعقد الذي وقع فاسدًا، فالطلاق من أحكام الزواج الصحيح و أثر من أثاره المترتبة عليه [144]، ورفع قيد الزواج الصحيح في الحال يقصد به الطلاق البائن و تحرم معه على المطلق الاستمتاع بالمطلقة، ولا يكون له حق الرجعة إلا برضاها و بعقد ومهر جديد بّين، أما رفع القيد في المآل فالمقصود به هو الطلاق الرجعي، وحق الزوج قائم في إرجاعها إلى عصمته في العدة بدون رضاها و بدون عقد أو مهر جديدين.

---

143- "م.ع.غ أ ش -19 -11 -1984 – ملف رقم 34791 - م ق 1989 – عدد 3 – ص 76 .

144 - بدران أبو العينين بدران – الفقه المقارن للأحوال الشخصية - مرجع سابق ص 302.

حسب نص المادة 48 من ق.أ فإن الطلاق واحد بين حالات ثلاث سواءً وقع بـإرادة الـزوج والعصمة بيده، والحالة الثانية أن يتم بإرادة الطرفين – الزوجين- مثلما هو الأمر في الخلع حيث يجـوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال يتم الإنفاق عليه ( المادة 54من ق.أ.ج ).

و الحالة الثالثة التي تضمنها نص المادة 48 هي حالة طلب الزوجة التطليق للضرر الذي يصيبها في حالات سبعة، حصرها المشرع في المادة 53 ( لعدم الإنفاق ، أو العيوب، أو الهجر في المضجع، أو الحكم علـى الزوج بعقوبة، أو الغيبة لأكثر من سنة، أو كل ضرر معتبر شرعًا، أو ارتكاب فاحشة مبينة ) .

حيث نلاحظ أن المشرع الجزائري قد جعل تطليق القاضي للزوجة من زوجها جبرًا عنه للضـرر متى ثبت، يعد طلقة من الطلقات الثلاث المقررة شرعاً للزوج، و ترتب أثارهـا حسـب حصـولها في الترتيب التسلسلي.

فإذا كانت الأولى رجعية و إن كانت الثانية من نوعها كانت بائنة بينونة صغرى و إن كانـت الثالثة ترفع الحلية [145]، ويفهم من ذلك أن التطليق لعدم الإنفاق يقع رجعيًا و للزوج أن يراجع زوجتـه في العدة بشرط أن يثبت يساره و يظهر استعداده للإنفاق و إذا لم يتحقق هذان الشرطان ليـس له أن يراجعها في العدة، و يمكن أن نضيف إلى أن الزوج إذا راجع زوجته و هو ما يزال فقيرًا و رضيت بذلك الزوجة، صحت الرجعة لأن ذلك من حقوقها [146].

وعند البحث عن الأصل التشريعي نجد أن المشرع الجزائري قد اخذ برأي المالكية حيث أن نوع الفرقة بسبب العجز عن النفقة هي طلاق رجعي في المذهب المالكي و للزوج أن يراجع المرأة إن أيسر في عدتا، لأنه تفريق لامتناعه عن الواجب عليه لها [147].

و أما المذهب الشافعي و الحنبلي فإن التفريق للإعسار هو فسخ لا طلاق، لأن الطلاق يكون من فعـل الزوج مباشرة أو توكيل منه [148].

وقد بينت المحكمة العليا في بعض أحكامها الطلاق الرجعي و البائن بقولها " من المتفق عليه فقها وقضاءا في أحكام الشريعة الإسلامية، أن الطلاق الذي يقع من الزوج هو الطلاق الرجعي، وأن حكـم القاضي به لا يغير من رجعيته، إنما نزل على طلب الطلاق . أما الطلاق البائن، فهو الذي يقع ما قبـل

---

145 - فضيل سعد -شرح قانون الأسرة الجزائري "الزواج والطلاق"- مرجع سابق . ص 274 و ما بعدها.

146 - بلحاج العربي - شرح قانون الأسرة الجزائري – مرجع سابق ص 279.

147 - د / عبد الرحمان الصابوني ، -شرح قانون الأحوال الشخصية السوري -مرجع سابق-.ص 85.

3 – السيد سابق – فقه السنة – الجزء الثاني- مرجع سابق ،ص289 .

148 - وهبة الزحيلي -الفقه الإسلامي وأدلته - مرجع سابق . ص 513.

الدخول أو بناء على عوض تدفعه الزوجة لزوجها للتخلص من الرابطة الزوجية معه، وكذلك الطـلاق الذي يوقعه القاضي بناء على طلب الزوجة لدفع الضرر عنها و حسم النزاع بينها وبين زوجها "[149].

- و قال الإمام الشافعي رحمه الله : " إذا لم يجد ما ينفق عليها أن تخير المرأة بين المقام معه أو فراقه فـإن اختارت فراقه فهي فرقة بلا طلاق، لأننا ليست شيئًا أوقعه الزوج و لا جعل لأحد إيقاعه.

- أما قول المالكية بأن الفرقة للإعسار طلاق رجعي، فإننا تحسب على الزوج من عدد طلقاتـه الـتي يملكها و لو لم يوقعه هو، فعلى افتراض أنه سبق له و أن طلق زوجته مرتين قبل تطليق القاضي لها. فـلا يملك إرجاعها في هذه الحالة و لو ملك ما ينفقه عليها إلا بعد أن تتزوج غيره، إن هذه المـرة لم يبقـى الطلاق رجعيا بل بائن بينونة كبرى، فلا سبيل له إليها إلا بعد أن تنكح زوجا غيره.

- و لعل الأنسب ومن مصلحة الزوج اعتبار الفرقة طلاقًا رجعيًا، إذ قد يجد ما ينفقه على زوجته وهي في فترة العدة، فيعيدها لعصمته دون حاجة لعقد جديد و لا إلى تكاليف إضافية.

- و برأي المالكية في اعتبار الفرقة للإعسار طلاق لا فسخ، أُخذ القانون الجزائري للأسرة فهو المصـدر التشريعي الذي يجب الرجوع إليه في حالة نقص النص أو سكوته تطبيقًا لنص المـادة 222 مـن قـانون الأسرة الجزائري.

و معنى ذلك أن الزوج يستطيع مراجعة زوجته إذا توفرت الشروط التالية :

1- أن تكون الزوجة في العدة، فإذا أمضت العدة، فلا يجوز مراجعتها، لأن حق المراجعة يسقـط بانتهاء العدة .

2- أن يثبت الزوج أمام القاضي يساره، ويظـن قدرته في إدامة الإنفاق، و يشترط في اليسار أن يكون كاملاً.

3- أن يبدي الزوج للقاضي استعداده للإنفاق على زوجته، طالما أصبح قادرًا على النفقة أي نفقة المثل [150]، و يمكن أن نضيف إلى ذلك أن الزوج إذا راجع زوجته و هو ما يزال فقيرًا، ورضيت بذلك الزوجة صحت الرجعة، لأن ذلك من حقوقها وهذا ما نص عليه المالكية وسكت عنه القانون [151].

---

[149] - م.ع.غ أ.ش ملف رقم : 39463 في 10-02- 1986 – م.ق العدد 1 لعام 1989 – ص 115.

[150] - محمد عزمي البكري - موسوعة الفقه و القضاء في الأحوال الشخصية - مرجع سابق. ص 265.

[151] - د / عبد الرحمان الصابوني ، -شرح قانون الأحوال الشخصية السوري - مرجع سابق .ص 83.

و الملاحظ أن غالبية القوانين العربية، قد جعلت الفرقة الحاصلة من القاضي بسبب العجز عن الإنفـاق طلاقًا رجعيًا، فينص القانون السوري في المادة 111 " يفرق القاضي لعدم الإنفاق ويقع رجعيًا وللزوج أن يراجع زوجته مادامت في العدة بشرط أن يُثبت يساره و استعداده للإنفاق " [152].

و تنص المادة 6 من القانون المصري رقم 25 لسنة 1920على أن :

تطليق القاضي لعدم الإنفاق يقع رجعيًا و للزوج أن يراجع زوجته إذا ثبت يساره و أبـدى اسـتعداده للإنفاق أثناء العدة، فإن لم يثبت إعساره، ولم يستعد للإنفاق لم تصح الرجعة " .

و قد اقترنت بهذا القانون تعليمات تفيد " إن جواز الرجعة مشروط بشرطين : ثبوت يساره بحيث يظن قدرته على إدامة الإنفاق، واستعداده للإنفاق، فإذا لم يتوفر الشرطان، لم تصح الرجعة [153].

الملاحظ عموما في مسألة الطلاق لعدم الإنفاق، أن القانون الجزائري للأسـرة، مثـل معظـم القوانين العربية والإسلامية، قد أخذ بما ذهب إليه الأئمة الثلاثة - الإمام مالك و الشافعي و أحمد بـن حنبل، الذين قالوا بجواز التطليق أو التفريق لعدم الإنفاق، استنادًا إلى الآية الكريمـة [ وَلاَ تُمْسِـكُوهُن ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا ] [154]، وذلك خلافًا لما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة من عدم جواز التطليق لعدم الإنفاق، لأن الزوج في رأيه أو في نظره، لا يخلو من أن يكون معسرًا أو موسرًا، و يقول أنه إذا كان معسرًا فـلا ظلم لها ولا اعتداء منه، وإن كان موسرًا و امتنع عن الإنفاق و ظلم زوجته، فإن ظلمه لا يعاقب عليـه بالتطليق أو التفريق بينه و بين أم أولاده، بل يمكن معاقبته ببيع ما له ودفعه إلى الزوجة للإنفاق منه على نفسها.

إن قانون الأسرة الجزائري و إن نص على عدم الإنفاق كسبب من الأسباب التي تمنح الزوجـة حق طلب الحكم لها بالتطليق من زوجها، فإنه لم يفرق بين حالتين هما :

1- حالة عدم الإنفاق مع قدرة الزوج على ذلك، و هو ما نسميه بالامتناع عمداً عن الإنفـاق المقـرر قانونًا وشرعًا [155].

[152] - د / عبد الرحمان الصابوني ، -شرح قانون الأحوال الشخصية السوري – نفس المرجع .ص 83 .

[153] - بدران أبو العينين بدران – الفقه المقارن للأحوال الشخصية - مرجع سابق .ص 435.

[154] - الآية 231 من سورة البقرة.

[155] - عبد العزيز سعد – الزواج و الطلاق في ق.أ.ج – مرجع سابق . ص 257 و ما بعدها.

2- حالة عدم الإنفاق مع عجز الزوج عن ذلك، وهو ما يسمى بعدم القدرة المالية عن الإنفاق بسـبب البطالة أو بسبب عجز الزوج عجزًا جسديًا يقعده عن العمل من أجل كسب رزقه و رزق عائلته، وهي أسباب خارج عن إرادة الزوج بل أمور حدثت جبرًا و قهرًا عنه.

* فحكم الحالتين لا يجب أن يكون واحدًا بل يجب التميز بينهما .

بالإضافة إلى ذلك نلاحظ :

- أن القانون لم يفرق بين الزوجة الغنية و الزوجة الفقيرة في التعريف للإعسار، ويرى بعـض رجـال القانون، أن الزوجة إن كانت غنية تستطيع الإنفاق على نفسها، وعلى زوجها لا يفرق بينهما، ونأخذ حينئذٍ بمذهب الحنفية في هذه الحالة فقط، إذ مناط التفريق يجب أن يكون الضرر واقعا على الزوجـة، و لا ضرر هنا على زوجة غنـية، أعسر زوجها عن الإنفاق فترة من الزمـن[156] .

- أعطى القانون الحق بالتفريق إذا لم يكن للزوج مال و حبذا لو أضاف إلى ذلك : و عجزت الزوجـة عن الاستدانة من الغير، فقد تستطيع الزوجة الإنفاق على نفسها، أو قد تستطيع الاستدانة من الغير، فإن فعلت فلماذا يفرق بين الزوجين و قد حصلت الزوجة على مطلوبها وعلى الدائن أن يرجع على الـزوج حين يساره، والدائن هنا هو قريب الزوجة المكلف بالإنفاق عليها لو لم تكن متزوجة[157].

- إن قانون الأسرة الجزائري و إن نص على أن علم الزوجة قبل أو وقت الزواج، يسقط حقها في طلب التطليق بعد الزواج، فإنه لم ينص على الحالة التي يكون فيها الزوج موسرًا أو موسرًا جداً قبـل وقـت الزواج، ثم تتغير الأمور بسبب الحروب أو الكوارث الطبيعية أو كساد سوق العمل[158]، وارتفاع نسبة البطالة في المجتمع ، و يصبح الزوج بعدها معسرًا لا يجد ما ينفقه على نفسه و عائلته فمن غير المعقول أن يخسر الرجل في وقت قصير ماله و زوجته و تتفكك عائلته ...

تلك هي النفقة كسبب لطلب الزوجة تطليقها ونضيف بإختصار حالتين هامتين هما حكم نفقة الزوجة عند ردة الزوج، وحالة نفقة زوجة الغائب.

## المطلب الثالث - حالة نفقة زوجة الغائب و المرتد .

### الفرع الأول- حالة نفقة زوجة الغائب :

[156] - د / عبد الرحمان الصابوني ، -شرح قانون الأحوال الشخصية السوري - مرجع سابق .ص 84 و ما بعدها.

[157] - د / عبد الرحمان الصابوني ، -شرح قانون الأحوال الشخصية السوري – نفس المرجع.ص 84 و ما بعدها.

[158] - عبد العزيز سعد – الزواج و الطلاق في ق.أ.ج – مرجع سابق.ص 257 و ما بعدها.

فالمراد بالغائب، من لا يمكن إحضاره إلى مجال القضاء لمقاضاته أمامه، وسواء كان غائبا عن البلد الذي توجد فيه زوجته، أو مخفيًا فيه، وسواء كانت غيبته قريبة أو بعيدة، أو كما يعرفه المشرع الجزائري في المادة 109 قائلاً " المفقود هو الشخص الغائب، الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته، و لا يعتبر مفقودًا إلا بحكم ".

فهو الشخص الغائب مجهول المكان و مشكوك في حياته، فما مصير زوجته التي يلحقها ضـرر بالغ من جراء فقدان إحدى حقوقها الأساسية الضرورية وهي النفقة. للإجابة على هذا التساؤل نفرق بين عدة حالات :

- حالة غياب الزوج وكان له مال ظاهر من جنس ما تقدر به النفقة، كالنقود وغيرها، فما أن يكون في يد الزوجة فلها أن تأخذ منه ما يكفيها لنفقتها من غير حاجة إلى قضاء القاضي، وذلك أمرًا عاديًا واقعيًا في مجتمعنا خاصةً مع ارتفاع نسبة الهجرة .

- أما إن كان المـال من جنس النفقة ليس في يد الزوجة، بل في يد غيرها كأن يكون مدين الغائب أو مودع، ورفعت الزوجة أمرها إلى القاضي ليفرض لها النفقة من هذا المال، فرض القاضي لها من ذلـك المال، و أمر من بيده المال أن يؤدي إليها المفروض من مال الغائب الذي تحت يـده بشـرط أن يقـر بالزوجية و معترفا بمال الغائب الموجود عنه كدين أو وديعة ... ، و الحكم بالنفقة لها هو إعانة لها علـى الوصول إلى حقها.

أما إذا أنكر هذا الغير وجود المال، و لم يقر بزوجية المدعية فدعواها لا تسمع، لأنه من شـروط صحة الدعوى وجود خصم فيها [159].

أما إذا لم يكن للغائب مال طاهر و تضررت الزوجة وطبقًا لقانون للمـادة 112 مـن ق.أ.ج فيجـوز للزوجة أن تطلب تطليقها .." لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة مـن المادة 53 من هذا القانون" .

و الملاحظ أن الغائب المفقود، لا يعتبر كذلك إلا بعد صدور حكم قضائي، يصدر بعد أن يطلب ذلك من لـه مصلحـة حسب المادة 114 التي تقول " يصدر الحكم بفقدان أو موت المفقود بناء علـى طلب أحد الورثة أو من له مصلحة ، أو النيابة العامة " ، و الزوجة تعتبر وارثة بحكـم الزوجيـة وذات مصلحة في ذلك.

**الفرع الثاني - حكم نفقة الزوجة عند ردة الزوج :**

[159] - بدران أبو العينين بدران – الفقه المقارن للأحوال الشخصية - مرجع سابق ، ص 254 و ما بعدها.

إذا إرتد الزوج عن الإسلام دون زوجته، فأكثر الفقهاء يقولون بعدم سقوط نفقة الزوجة حتى تنقضي عدتا، أو يقتل الزوج بسبب ردته، و لم يخالف في ذلك سوى المالكية في قولٍ فلم يوجبوا لها النفقة من حين ردته إلا إذا كانت حاملاً، و دليلهم في ذلك هو أن المرأة متى ارتد زوجها تبين منه في الحال، وتنقطع الزوجية بينهما، و البائن لا نفقة لها، اللهم إلا إذا كانت حاملاً فنفقتها تبقى حتى تضع الحمل لحبسها بسبب الزوج[160].

أما جمهور العلماء فقالوا بعدم إسقاط النفقة، لأن السبب في الفرقة هو ردة الزوج، و المرأة لا دخل لها في الجناية على الزواج، حتى تحرم من النفقة، فلهذا تبقى لها، و لا تسقط عن الزوج لأنه هو الجاني ... و كيف تسقط عنه و هو متمكن منها في أي وقت، برجوعه عن ردته، فكانت أشبه بالطلقة الرجعية و هي لا تسقط نفقتها.

ونص المشرع الجزائري في المادة 32 من قانون الأسرة على أنه " يفسخ النكاح، إذا اختل أحد أركانه أو اشتمل على مانع أو شرط يتنافى و مقتضيات العقد أو ثبتت ردة الزوج ".

لقد سبق و أن عرفنا أنه من شروط وجوب النفقة من الزوج على الزوجة، هو أن يكون عقد الزواج صحيحاً شرعًا، فالعقد الفاسد و الباطل لا تستحق بموجبها الزوجة نفقة على زوجها " لأن الواجب فيهما على الزوجين هو الافتراق، و تحريم المعاشرة بينهما معاشرة الأزواج، وبذا يفوت الاحتباس الذي هو سبب وجوب النفقة [161].

و الأصل أنه لا يجوز للمسلمة أن تتزوج الكافر دومًا و انقطاعًا أي ابتداءًا و انتهاءًا.

## الفصل الثاني :

---

[160] - بدران أبو العينين بدران -العلاقات الاجتماعية بين المسلمين وغير المسلمين – 1980 –دار النهضة العربية –بيروت- ص 141 وما بعدها .

[161] - بدران أبو العينين بدران – الفقه المقارن للأحوال الشخصية - مرجع سابق ، ص 235.

# التفريق بين الزوجين للعيوب :

إن الحياة الزوجية قوامها الآلفة و المودة و التراحم و التعاون بين الزوجين، ولـو لا الشـعور المتبادل الذي يبعثه الله في نفوس الأزواج، لما استطاع أحدهما معاشرة الآخر زمناً قصيراً فكيف بمعاشرته طوال الحياة، لكن قد يحدث ما يعكر صفو هذا الجو و يغيره، كأن يفاجأ أحد الزوجين عند أول لقـاء بصاحبه أن به عيباً، أو يحدث هذا في فترة الحياة الزوجية بينهما، و يكون العيب صـعب أو مسـتحيل الشفاء، أو عيباً منفراً أو مضراً و قد يكون مانعاً من تحقيق المقصد الشرعي الذي لأجله شرع الـزواج كالاستمتاع و إنجاب الأولاد، وبناء أسرة منسجمة ... و السؤال المطروح حينئذٍ؟ ...

هل يبقى السليم مع المريض يشاطره ألم الحياة كما شاطره سعادته و هناءه، وله من الله الأجر والثـواب لأنه ساهم في تخفيف مصاب شريك حياته؟.

أما إذا كان الزوج سليما و خشي انتقال العدوى من زوجه إليه، أو ينفر عنه نفوراً يكاد يخشى عليه من الفتنة إذا ما استمر على معاشرته، وكان يرغب بزوج آخر معافى غير مريض ، هل لهذا الزوج أن يطلب التطليق من القاضي فيجيبه إذا ثبت لديه ذلك ؟ .

تلك هي مجموعة من التساؤلات التي نحاول الإجابة عليها من خلال ثلاثة مباحث نتناول في الأول منها معنى العيوب و أنواعها ومدى جواز التطليق بها من عدمه و موقف ق.أ.ج.

أما المبحث الثاني فيشمل على العيوب المصرح بها و المسكوت عنها و تلك التي تطرأ بعد الزوج.

في حين يحتوي المبحث الثالث على كيفية التفريق بين الزوجين، وصاحب الـحق في اختيار المفارقـة، وكذا التفريق باشتراط السلامة من العيوب، و أخيرا نوع الفرقة للعيوب هل هي فسخ أم طلاق.

## المبحث الأول : العيوب المعتبرة عند الفقهاء و مشروعية التفريق بها.

يشمل هذا المبحث على عدة نقاط هي إبراز معنى العيب و أنواع العيوب ، و الرأي القائل بجواز التفريق بين الزوجين للعيوب و الرأي المخالف له مع إبراز موقف ق.أ.ج .

### المطلب الأول – معنى العيوب وجواز التفريق بها :

## الفرع الأول- معنى العيوب وأنواعها:

- **معنى العيب** : قال ابن منظور : في لسان العرب : العاب، والعيب، و العيبة، الوصمة وعاب الشـيء والحائط صار ذا عيب ... و عيبه تعيـبة نسبه إلى العيب و جعله ذا عيب [162].

- قال سبحانه وتعالى : { فَأَرَدْتُ أَنْ أَعِيبَهَا } [163]، أي أجعلها ذات عيب يعني السفينة.

- وجاء في قاموس المحيط : عاب لازم و معتد، وهو معيب و معيوب.

فمن خلال هذه التعاريف المتنوعة للعيب نخلص إلى نتيجة وهي أن العيب كما يطلق على الشيء الحسي ، يطلق أيضا على الشيء المعنوي.

فالمراد بالعيب هو ذلك النقص البدني أو العقلي، أو هو نقص مادي أو معنوي يعتـري أحـد الزوجين، فيسبب ضيقا للزوج الآخر، من جراء حرمانه من الحصول على ثمرة و مقاصد الزواج والتمتع بالحياة الزوجية، ومن أجل ذلك أعطى الشارع الإسلامي المرأة حق طلب التطليق للعيب [164]، وهو مـا وصفه المشرع الجزائري بالعيب الذي يحول دون تحقيق الهدف من الزواج ( المـادة 53 الفقـرة 2 مـن ق.أ.ج ). و بذلك يخرج من عداد العيوب كل ما لم يكن عائقا على أغراضه سواءً كان العيب عقليا ( معنويا ) أو ماديا ( جسميا ) [165].

- **أنواع العيوب** : إن العيوب التي تصيب الإنسان متنوعة و مختلفة، فقد تكون جنسية أو غير جنسـية بل هي عيوب مرضية أخرى.

فالعيوب الجنسية هي التي تصيب الأعضاء التناسلية لكل من الرجل و المرأة و تسبب غالبا في منع المعاشرة الجنسية،و لكل جنس عيوبه الخاصة به.

فعيوب الرجل مثل الجبّ و العنة، و الخصاء [166] .

أما عيوب المرأة فهي الرتق و القرن و العفل ، والإفضاء و البخر [167].

---

[162] - إبن منظور جمال الدين أبو الفضل -لسان العرب – دار المعارف – القاهرة – جزء 4 – ص 3183 – 3184.

[163] - جزء من الآية 78 سورة الكهف.

[164] - محمد عزمي البكري - موسوعة الفقه و القضاء في الأحوال الشخصية - مرجع سابق، ص 266.

[165] - فضيل سعد -شرح قانون الأسرة الجزائري "الزواج والطلاق"- مرجع سابق .ص 275.

[166] - *** الجـبّ** : هو استئصال عضو التناسل للرجل.

*** العـنـة :** صغر الذكر بحيث يتأتى منه الجماع و لا يقدر على المباشرة الجنسية.

*** الخـصاء :** سل الخصيتين أي استئصال الخصيتين ... أنظر بدران أبو العينين بدران - الفقه المقارن للأحـوال الشخصـية – مرجع سابق ص 436 و ما بعدها.

في حين يشترك الجنسان في عيوب مرضية، فقد تصيب المرأة أو الرجل مثل الحنون و الجذام والبرص[168]، والأمراض المعدية الأخرى.

و مادام موضوع دراستنا هو مدى حق المرأة في إنهاء الحياة الزوجية، بإرادتها المنفردة باللجوء إلى القضاء فيستقصر على العيوب التي تصيب الزوج عموما، و التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، و تخول للقاضي أن يحكم للزوجة بالتطليق من الزوج المعلول، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فالعصـمة ملك للزوج، و بالتالي يحق له أن ينهي العلاقة الزوجية في أي وقت، وذلك حق شرعي و قانوني.

وعليه سنتطرق إلى أراء الفقهاء أولاً، باعتبار أن المصدر التشريعي لقانون الأسرة الجزائري هـو الشريعة الإسلامية، ثم نعرج إلى رأي القانون.

## الفرع الثاني - جواز التفريق بالعيوب:

لقد ذهب جمهور الفقهاء، إلى جواز التفريق بين الزوجين بالعيوب، وإن اختلفوا في موضعين: في العدد الموجب للتفريق، ومن يملك هذا الحق بينهما، و بمعنى أخر ما هي العيوب التي تثبت بها حق طلب التفريق ، و هل يثبت الحق لكل من الزوجين أم للزوجة فقط[169]، واستدل الجمهور لمذهبـهم بالسـنة والإجماع للصحابة و بالمعقول.

---

[167] - * **الـرتـق :** هو انسداد ملك الذكر في الفرج ، بحيث لا يمكن معه الجماع و يكون باللحم أو بالعظم.

* **الـقـرن :** شيء يبرز في فرج المرأة لحمًا كان أو عظمًا.

* **العـفـل :** رغوة في الفرج تحدث عند الجماع .

* **الإفـضـاء :** اختلاط مسلك الذكر بمسلك البول.

[168] - * **الجـذام :** داء ينقطع منه اللحم و يتساقط.

* **الـبرص :** بياض يظهر في ظاهر الجسد لفساد الدم ، أنظر محمد عزمي البكري - موسوعة الفقـه و القضـاء في الأحـوال الشخصية - مرجع سابق ص268 و ما بعدها.

[169] - وهبة الزحيلي –الفقه الإسلامي و أدلته – مرجع سابق .ص 516 - الإمام ابن رشد - بداية المجتهد و نهاية المقتصد- الجزء الثاني – مرجع سابق ص 54 .

أ- السنة : ما روي عن الرسول ε تزوج امرأة من بني غفار، فلما دخل عليها فوضع ثوبه، وقعد علـى الفراش فأبصر بكشحها [170]، بياضا فانحاز عن الفراش ثم قال خذي عليك ثيابك و في رواية والحقـي بأهلك ، ولم يأخذ مما أتاها شيئاً [171].

و هذا الحديث يدل على جواز و مشروعية رد النكاح بالعيب الذي يكون بالمرأة، ممـا تَعَافُـهُ النفس وتنفر منه، و إذا ثبت هذا بالنص فما كان مثله أو كان أشد منه من العيوب يقاس عليه ويكون الرد به مـن بـاب أولي، و نفهم من ذلك أن الرجل إذا كان مصاباً بالجب (وسمي مجبوباً وهـو مـن استأصل عضوه التناسلي). أو مصابا الخُصاء ( و سمي مخصي، أي منـزوع الخصـيتين) ، أو مصـاب بالعنة (ويسمى عنينًا أي لا يقدر على مباشرة النساء [172] ). و في هذه الحالات و مثلها فإن المرأة تصاب بالضرر، فإذا تحقق وجود مثل هذه العيوب بالزوج، وطلبت المرأة التطليق فرق القاضي بينهما دفعًا لظلم الزوج، حين فات الإمساك بالمعروف، فوجب التسريح بإحسان، و دفعا للضرر الذي يلحق بالزوجة.

ب- قوله صلى الله عليه و سلم: «فِروا من المذوم كما تفروا من الأسد » .

و يدل الحديث دلالة واضحة وصريحة على أن مرض الجذام ( و هو داء يتقطع منه اللحم و يتسـاقط) خطير و تنفر منه النفس، و طريق الفرار عن الزوج المذوم يكون برد النكاح و طلب التفريق لتخفيـف الضرر.

جـ- الإجماع : لقد أجمع الصحابة على ثبوت الخيار بالجب و العنة [173]، و عن مالك أنه بلغـه عـن سعيد بن المسيب أنه قال : أيما رجل تزوج امرأة و به جنون أو ضرر، فإنها تخير ، فإن شاءت قـرت، و إن شاءت فارقت[174].

د- القياس: قياس النكاح على البيع، فكما أن البيع يرد بالعيب، فإن كان بالمبيع أو محل البيع عيبًا فتجوز رده شرعًا وقانونًا ، بل أن الزواج يكون من باب أولي لخطورة التدليس فيه.

## المطلب الثاني - عدم جواز التفريق للعيوب وموقف المشرع الجزائري:

[170] - ما بين الخاصرة إلى الضلع الخلفي.

[171] - محمد عزمي البكري - موسوعة الفقه و القضاء في الأحوال الشخصية - مرجع سابق ص 268.

[172] - بدران أبو العينين بدران - الفقه المقارن للأحوال الشخصية – مرجع سابق ص 436.

[173] - أبو زهرة –الأحوال الشخصية- مرجع سابق ص 355.

[174] - الموط الموطأ للإمام مالك بن أنس –الجزء 1 – مرجع سابق ص 563.

**الفرع الأول- عدم جواز التفريق للعيوب :**

إذا كان جمهور الفقهاء قد ذهبوا إلى جواز التفريق للعيوب، و إن أكثر الفقهاء اتفقوا على أن العيب مما يثبت خيار الفرقة [175]. فإن المذهب الظاهري خاصة زعيم الظاهرية، ابن حزم فقد قالوا : لا يجوز التفريق بأي عيب كان، سواء كان في الزوج أو في الزوجة، و لا مانع من تطليق الزوج للزوجة إن شاء[176]. بمعنى أن عقد الزواج لا يفسخ بعد أن وقع صحيحا بجذام حادث، ولا ببرص كذلك ، ولا بجنون و لا بأن نجد بها شيء من العيوب، أو تجده هي كذلك ، ولا بأن نجد الزوج عنينًا، و لا بأن يجد هو عندها شيئا من العيوب، و إن كانت الحياة بين الزوجين بسبب بعض هذه العيوب، تصبح غير محتملة، لا تتحقق معها الثمرات المطلوبة و الغايات و الأغراض المنشودة من الزواج.

و يضيف الظاهرية، أنه لم يصح في فسخ الزواج أي دليل في القران أو السنة ، و الأثر عن الصحابة، أو القياس ، أو المعقول [177]. كما استدلوا لقولهم، إن كل نكاح صح بكلمة الله عز وجل وتعالى وسنة رسول الله ε فقد حرم الله مباشرتنا و فرجها على كل من سواه، فمن فرق بينهما بغير قرآن كريم، أو سنة شريفة ثابتة فقد دخل في صفة الذي ذمهم الله بقوله { فَيَتَعَلَّمُونَ مِنْهُمَا مَا يُفَرِّقُونَ بِهِ بَيْنَ الْمَرْءِ وَزَوْجِهِ} [178].

و يضيفون أن الذي ثبت بالضرورة الدينية : أن عقد النكاح لازم تثبت به أحكام الزوجية من جواز الوطأ و وجوب النفقة و نحوها، و ثبوت الميراث و سائر الأحكام [179] ...، و ثبت بالضرورة الدينية أن يكون الخروج منه بالطلاق أو الموت، فمن زعم أنه يجوز الخروج من نكاح بسبب من الأسباب ، فعليه الدليل الصحيح المقتضي للانتقال عن ثبوته بالضرورة الدينية.

و استدل ابن حزم بما رواه بن الزبير أن عائشة رضي الله عنها، أخبرته أن رفاعة القرضي – من بني قريضة- طلق امرأته فتزوجت بعده عبد الرحمان الزبير فجاءت إلى النبي ε ، فقالت يا رسول الله إنا كانت تحت رفاعة فطلقها ثلاث تطليقات فتزوجت بعده عبد الرحمان بن الزبير وأنه و الله معه

[175] - وهبة الزحيلي -الفقه الإسلامي وأدلته - مرجع سابق ، ص 516.

[176] - بدران أبو العينين بدران - الفقه المقارن للأحوال الشخصية – مرجع سابق ص 436.

[177] - وهبة الزحيلي -الفقه الإسلامي وأدلته - مرجع سابق ص 516.

[178] - جزء من الآية 101 من سورة البقرة.

[179] - السيد سابق – فقه السنة – الجزء الثاني- مرجع سابق ص 61.

إلا مثل هذه الهدية، وأخذت بدية من جلبابا، فتبسم رسول الله ε وقال : لعلكِ تريدين أن ترجعي إلى رفاعة ؟ لا حتى تذوقي عسيلته و يذوق عسيلتك.

و وجه الاستدلال بالحديث أن طلب المرأة مفارقة زوجها و تطليقها من زوجها عبد الرحمان، وعودتها لزوجها الأول مع قيام العذر و هو وصوله إليها، يدل على أنه لا يصح أن يكون العيب موجباً للخيار[180] بين الزوجين، مع الإشارة أن ابن حزم قد أعطى حق اشتراط السلامة من العيوب عند التعاقد و إن تبين له خلاف ما اشترطه فلهما حق طلب التفريق.

و بعد استعراض مختصر للفريقين وآرائهما يظهر جلياً، أن مذهب الجمهور هو الراجح لقوة أدلتهم ثم إن وجود العيب بأحد الزوجين مضر بالزوج الآخر من جراء معاشرته له وصلته الدائمة به، فإن هذا يمنع الطرف الصحيح من تلبية رغباته الفطرية، التي تعتبر من الغايات التي شرع لها الزواج، أو أن يصاب بمرض خطير معد، و لاشك أن دوام صلة الصحيح بالمريض تساعد على نقل الداء إليه، والضرر مطلوب شرعا دفعه على الناس، بما أمكن فإذا لم تتم إزالته بوسائل العلاج تعين بل و جب التفريق بينهما.

فهل هناك دليل أقوى و أعقل يدل على مشروعية التفريق بسبب العيوب من ذلك ؟.

فمن أصول قانون الزواج الإسلامي أن العلاقة الزوجية يجب ألا تكون سببًا في إلحاق الضرر بأحد الزوجين، أو تعدي حدود الله ، و هذا الأصل ينكسر إذا إنعدم خيار الفسخ ، عند وجود عيب من العيوب ، و جاء في الشرح الصغير " الخيار للزوجين إن لم يسبق علم، و لم يرض وحلف على نفيه ببرص و عذيطة و جذام وجنون ... و لها بِخِصَائِه وجُبِه، و عِنتِهِ، واعتراضه وله بقرنا، ورتقها، و عفلها و افضائها ..."[181] .

معنى ذلك أن الخيار متوفر للزوجين، و لأي منهما رد الآخر إذا ظهر به عيب، إن لم يسبق له علم بالعيب قبل العقد، ولم يرض بالعيب عند اطلاعه عليه، فإن رضي به صريحًا أو ضمنيًا بأن تلذذ بصاحبه بعد اطلاعه على العيب فلا خيار له.

- إن الهدف المقدس من الزواج حتماً يتبخر بوجود عيب في أحد الزوجين، انطلاقاً من أن الزواج في الإسلام رباط عظيم، و عقد مكرم مقدس، يعقد على ما في كتاب الله و سنة رسوله، وهو الطريق لبقاء

---

[180] - عبد الرحمان الصابوني –شرح قانون الأحوال الشخصية السوري – مرجع سابق ص 68.

[181] - الشرح الصغير – الإمام سيدي أحمد الدردير رضي الله عنه – على مختصره المسمى "أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك – الجزء –2- مؤسسة المنشورات الإسلامية وزارة الشؤون الدينية الجزائر. ص 130 – 131 .

الجنس البشري، خليفة الله في أرضه، الذي به تعمر الأرض و تشاد الحضارة، كما أن الله عز وجل قد غرس في قلب الكائن، كل كائن حب البقاء، والإنسان من الكائنات، والبقاء لا يكون إلا بالزواج [182]، و الزواج لا يحقق هدفه بوجود الضرر الناتج عن أي عيب في أحد الزوجين للطرف الآخر، فإذا وجدت الحرة -مثلا- زوجها عنيناً لا يقدر على إتيانها في القبل، ولم تكن عالمة بحاله وقت النكاح، فلها أن تطلب التفريق بينها و بينه، إذا لم ترض به و إذا وجدته على هذه الصفة و لم تخاصمه زمنا فلا يسقط حقها [183].

**الفرع الثاني – موقف المشرع الجزائري :**

لقد أخذ قانون الأسرة الجزائري بجواز التطليق للعيوب، حسب ما يتضح من المادة 53 الفقرة 2.
حيث أعطى للزوجة حق طلب التطليق للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، أخذاً بما ذهب إليه جمهور الفقهاء، بجواز التفريق للعيوب : شريطة توفر جملة من الشروط نوردها باختصار ونفصلها بتأني فيما بعد.

1- أن يكون العيب في الزوج .
2- أن يكون العيب من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.
3- أن يكون العيب من العيوب المستمرة الدائمة التي لا يتوقع الشفاء منها.
4- أن تقوم الزوجة برفع دعوى تطليقها إلى القاضي .
5- أن القاضي لا يحكم بتطليقها إلا بعد التأكد من صحة دعواها التي تثبتها بمختلف الوسائل، وحتى أنه يمكن الاستعانة بخبرة الخبراء و الاختصاصين و الأطباء.

وقد ذهبت المحكمة العليا في عدة أحكام لها إلى ذلك منها :

---

[182] - الشيخ عبد الله النوري ... سألوني عن المرأة– منشورات ذات السلاسل الكويت طبعة 1986، ص16.

[183] - كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب الإمام أبي حنيفة — تحقيق لجنة أحياء التراث العربي في دار الأفاق الجديدة - بيروت - الطبعة الثانية 1980 ص 89.

1- من المقرر قانونا وقضاءا، أنه يجوز للزوجة طلب التطليق استنادا إلى وجود عيب يحول دون تحقيـق هدف الزواج، لتكوين أسرة وتربية الأبناء . ولما أسس قضاء الموضوع قرارهم القاضي بالتطليق علـى: عدم إمكانية إنجاب الأولاد، استنادا لنتائج الخبرة الطبية التي خلصت إلى عقم الزوج، فإنهم قـد وفـروا لقضائهم الأسباب الشرعية الكافية ... " [184] .

2- من المقرر في الفقه الإسلامي وما جري به القضاء أنه إذا كان الزوج عاجزا عن مباشـرة زوجتـه يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج، وإن الاجتهاد القضائي استقر على أن تكون الزوجة أثنـاء تلك المدة بجانب َبعلِهَا وبعد انتهائها، فإن لم تتحسن حالة مرضه، حكم للزوجة بالتطليق. فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقا لقواعد الشريعة الإسلامية [185].

كما حكمت محكمة النقض المصرية بقولها : " حق الزوجة في طلب التفريق للعيب في الرجل... جواز الإستعانة بأهل الخبرة لبيان مدى استحكام المرض و مدى الضرر الناجم عنه " [186].

## **المبحث الثاني :أنواع العيوب.**

إن جمهور الفقهاء الذين ذهبوا إلى جواز التفريق بين الزوجين بالعيوب، لم تتفق كلمتهم علـى عدد معين منها، بل نجد الاختلاف في عددها حتى في المذهب الواحد، و هذا راجع إلى عـدم اتفـاقهم على علة العيب الموجبة للحكم، و لهذا السبب أيضا نجدهم يختلفون فيما استجد من الأمراض والعيوب، و كذلك اختلاف الزوجين في تسمية العيب، و نفصل هذا إجمالا في المطالب التالية.

### **المطلب الأول - العيوب المصرح با .**

إن العدد المصرح به من العيوب الموجبة للخيار بين البقاء و التفريق، يختلف مـن مـذهب إلى آخـر تبعاً لاختلاف وجهات نظرهم للموضوع ، إلا أن هناك اتفاق بين أئمـة المـذاهب الأربعـة والإمامية على التفريق بعيبين و هما : الجب و العِنَةُ [187].

أما نقاط اختلافهم فيمكن إجمالها في الآراء التالية:

[184] - م.ع غ.أ.ش في : 22-12-1992 ملف رقم 87301 – م.ق 1995 – عدد 2 ص 92.

[185] - م.ع غ.أ.ش في : 19-11-1984 ملف رقم 34784 – م.ق 1989 – عدد 3 ص 73.

[186] - طعن رقم 30 للسنة القضائية 59 – أ.ش . جلسة 19-11-1991.

[187] - وهبة الزحيلي -الفقه الإسلامي وأدلته - مرجع سابق ، ص 517

[1] – بدران أبو العينين بدران - الفقه المقارن للأحوال الشخصية – مرجع سابق، ص 441.

**1- رأي أبي حنيفة :** يقول الإمام أنه لا يفسخ الزواج ولا يحدث التفريق بين الزوجين إلا بالعيوب التناسلية الثلاثة، وهي الجب والعنة و الخصاء و هي أمراض تكون في الرجل، غير قابلة للزوال والضرر فيها دائم، وتؤدي إلى عدم تحقيق الهدف المقصود الأصلي من الزواج وهو التوالد والتناسل والاعفاف عن المعاصي[188]. فلا حل إلا بالتفريق بين الزوجين ورفعًا للضرر الواقع على الزوجة، ويكون ذلك بطلب منها انطلاقا من رأي الأحناف، الذي مفاده ثبوت حق التفريق بالعيب للزوجة دون الزوج، حيث أن هذا الأخير يملك حق الطلاق، والعصمة في يده، و يرفع الضرر عن نفسه في أي وقت [189].

ويقول محمد أبو زهرة " الأساس الذي بنى عليه الشيخان أبو حنيفة و أبو يوسف الاقتصار على العيوب التناسلية، أن عقد الزواج لا يدخله خيار العيب، و لما كان العيب التناسلي من الرجل يخل بالمقصود من عقد النكاح، كان العقد غير صالح للبقاء، فيطلق مختارًا أو غير مختار، وغير هذه العيوب يتحقق معها المقصود من الزواج " [190].

- أما العيوب الأخرى من جنون ، وجذام، و برص، و رتق، وقرن فلا تفريق بين الزوجين بسببها سواء أصيب بها الزوج أو الزوجة... و هذا هو الصحيح عند الحنيفة.

**2- رأي مالك و الشافعي** : يفسخ النكاح من أي واحد من الزوجين ، إذا وجد في الأخر عيبا من العيوب التناسلية، أو الجنسية أو العيوب المنفردة كالجنون و الجذام و البرص.

**أ- و عند الشافعية** : العيوب سبعة و هي الجب و العنة عند الرجل، الرتق و القرن عند الزوجة والجنون و الجذام و البرص، فهي أمراض مشتركة بينهما، و بالتالي يمكن لأي طرف أن يتعرض إلى خمسة أمراض، وهذه الأمراض تجيز التفريق بين الزوجين لأنها تحول دون تحقيق الهدف من الزواج وما عداها من الأمراض التي لا تفوت المقصود من الزواج فلا فسخ فيها للزواج.

**ب- عند المالكية** : العيوب عند المالكية ثلاثة عشر عيبا تجوز بوجودها في أحد الزوجين التفريق بينهما، و هي كالتالي :

---

188 - وهبة الزحيلي -الفقه الإسلامي وأدلته - مرجع سابق ،ص 517.

189 - المادة 299 ( إذا رفعت المرأة زوجها إلى الحاكم و ادعت أنه عنين، و طلبت التفريق، يسأله الحاكم فإن صدقها و أقر أنه لم يصل إليها، يؤجله سنة كاملة قمرية يحتسب منها رمضان و أيام حيضها و مدة غيبته إن غاب لحج أو غيره، لا مدة غيبيها و لا مدة مرضه و مرضها، إن كان لا يستطيع معه الوقاع و ابتداء السنة من يوم الخصومة، إلا إذا كان الزوج صغيرًا أو مريضا أو محرماً، فإن كان كذلك فابتداؤها يعتبر من حين بلوغه أو شفاؤه )، الأحكام الشرعية تحقيق لجنة إحياء التراث العربي – دار الأفاق الجديدة بيروت 1980. ص 89.

190- محمد أبو زهرة –الأحول الشخصية –مرجع سابق– ص 355.

- أربعة مشتركة بين الرجل و المرأة و هي الجنون و البرص و الجذام و العَذيطة [191].
- أربعة تختص بالرجل و هي الخصاء و الجب و العنة و الإعراض [192].
- خمسة تختص بالمرأة و هي الرتق و القرن و البخر و العفل و الافضاء [193].
- ومجموع هذه الأمراض الموجبة للتفريق بين الزوجين، في المذهب المالكي ثلاثة عشر، وهي التي تؤدي إلى عدم تحقيق الهدف الأساسي من الزواج، وهو التكاثر و الاستمتاع وذلك يكون إذا كان هناك مانع، أو نفور و اشمئزاز من أي طرف [194].

3- **أحمد بن حنبل** :يرى الإمام أحمد، بأن العيوب التي يجوز بها التفريق بين الـزوجين، هـي العيـوب التناسلية أو الجنسية، و العيوب المنفردة، و العيوب المستعصية كالسل و السيلان و الزهري و غيرها ممـا يعرفه أهل الخبرة و التخصص، و العيوب عندهم ثمانية تتوزع كالتالي :
- ثلاثة يشترك فيها الزوجان و هي الجنون و الجذام و البرص.
- اثنان يختص بهما الرجل : و هما الجب و العنة.
- و ثلاثة تختص بها المرأة : و هي الفتق[195]، و القرن والعفل.

و الراجح عند الحنبلة انهم قصروا جواز فسخ الزواج، على العيب الذي لا تتم معه مقاصد الزواج على وجه الكمال، و ذلك ما يتفق مع مقتضى عقد الزواج.

و الملاحظ أن المذاهب الثلاثة المالكية و الشافعية و الحنابلة، متفقون على الكثير من هذه العيـوب إن لم نقل على كلها، إذ ما يعد عن هذا و يسمى بأسماء مختلفة، يجمع عند الآخر و يسمى باسـم واحـد، وبالتالي ما يوجبه هذا التفريق يوجبه الآخر و لا فرق.

ومن جهة أخرى هناك اتفاق للجميع على أنه لا يصح التفريق بالعيوب المذكورة، و لا بغيرها عند مـن يقول بها إلا بشرطين اثنين هما :

---

191 - **العذيطة** : هو مفاده خروج الغائط عند الجماع و يقال للمرأة عِذْيوطة، و للرجل عذيوط، وهبة الزحيلي -الفقه الإسلامي وأدلته - مرجع سابق ،ص518.

192 - الإعراض هو عدم القدرة على الاتصال الجنسي ... - وهبة الزحيلي -الفقه الإسلامي وأدلته - مرجع سابق ، ص 518.

193 - **البخر** : نتن الفرج ، - **العفل** : لحم في المحل لا تخلو من رشح، و غدة تمنع ولوج الذكر أو رغوة تمنع لذة الوطأ، **الافضاء** هو اختلاط القبل بمجرى البول أو الغائط. - وهبة الزحيلي -الفقه الإسلامي وأدلته ص 518 – بدران أبو العينين بدران - الفقه المقـارن للأحوال الشخصية ص 442 – محمد عزمي البكري - موسوعة الفقه و القضاء في الأحوال الشخصية ص 283 –مراجع سابقة.

194 - الإمام ابن رشد - بداية المتهد و نهاية المقتصد- الجزء الثاني – مرجع سابق. ص 50 و ما بعدها .

195 - **الفتق:** اختلاط مجرى البول و المني أي أنه كالافضاء ... وهبة الزحيلي -الفقه الإسلامي وأدلته - مرجع سابق ، ص 519.

1- عدم العلم بالعيب عند العقد، ذلك أن كتمان العيب من طرف الزوج المعيب أو ولي الزوجة وعدم إخباره به يعد تدليساً و غشًا، و التدليس في عيوب الزوجين أخطر و أشد ضررًا منه في البيوع، فإن كان التدليس في البيوع منهى عنه شرعًا و قانوناً، فمن باب أولي في الزواج بل أن الخطر والضرر أشد و أكبر و أوسع، لأنه في البيع يتعلق بعقار و منقول و بالتالي تفويت المنفعة على أتم وجه، أما في عقد الزواج فالأمر يتعلق بحياة بشر و إنسان بكامله، ففي القانون التدليس من عيوب الإرادة، وهو خطأ عمدي، لكون العقد يعتمد على الحيلة و دفع الطرف الأخر على التعاقد، و العقد قابلا للإبطال[196].

2- عدم الرضا بعد العلم به، فإذا علم بالغيب و رضي به سقط حقه في المطالبة بالتفريق سواء كان الرضا عند العقد أم بعده، وبمعنى أخر إذا تزوجته وهي تعلم بالعيب، و كانت راضية بالبقاء معه، فلا يكون لها حق طلب التطليق، إذن يجب أن يوجد منها ما يفيد رضا بالعيب بعد العقد إذا لم تكن عالمة به قبل العقد، فإن رضيت بالعيب صراحةً أو دلالةً لم يثبت لها الحق في التطليق، و مثل الرضا دلالة أن تطلب الزوجة زوجها بالنفقة هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن السكوت لا يعد رضا بالعيب، فلو مكثت مع زوجها زمنا و لم يظهر رضاها بالعيب، فلا يكون سكوتا مسقطًا في طلب التطليق لأن السكوت قد يكون للتجربة، و ترجي الوصول إلى الشفاء [197]، ويحصل أحيانا أن يعجز الزوج عن مغالطة زوجته تحت تأثير السحر و الشعوذة، و يقتضي الحال أن يعرض نفسه على الأطباء، والحمامات، ويتداوي بالأعشاب فيستغرق ذلك مدة، و بالتالي لا يسقط ذلك حق الزوجة في طلب التطليق[198].

**المطلب الثاني - العيوب المسكوت عنها :**

عندما ننظر إلى ظواهر الآراء و النصوص المنقولة عن الفقهاء ، ربما نفهم أن ما ذكروه من العيوب يفيد الحصر، وبالتالي لا يلحق المسكوت عنه من العيوب، أو الذي لم يوجد ثم وجد و يكون مساوياً، وأشد مما ذكروه ضررًا.

لكننا عندما نتتبع تعليلاتم لهذه العيوب نفهم أن ما ذكروه إنما هو للتمثيل فقط، بمعنى أنه إذا ما ظهر عيب، لم يكن معروفاً في زمنهم و توفرت فيه علة من العلل، التي جعلوها سببًا من أسباب التطليق،

---

196 - د/ محمد حسنين الوجيز في نظرية الالتزام –المصادر والأحكام في القانون المدني الجزائري –المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر 1983 ص46 و ما بعدها.

197 - محمد عزمي البكري - موسوعة الفقه و القضاء في الأحوال الشخصية - مرجع سابق، ص 272 و ما بعدها.

198 - فضيل سعد -شرح قانون الأسرة الجزائري "الزواج والطلاق"- مرجع سابق ،ص277.

فإن الحكم ينصرف إلى هذه الأمراض الجديدة، ونلحق العلل السابقة المذكورة عند الفقهاء على سـبيل القياس.

و هناك من العلماء من نص صراحة أنه إذا وجد عيب في أي من الزوجين، وكان ذلك العيب مضرًا بالزوج الآخر و منفرًا له، بحيث لا يمكنه القيام معه إلا بمشقة وصعوبة و صبر، فإنه يوجـب لـه الخيار، و إن لم يكن العيب موجودًا سابقًا و لا يوجد من نص عليه من الفقهاء صراحةً.

و بتصفح كلام الفقهاء، وهم يعللون العيوب الموجبة للخيار، نستطيع أن نخرج بزمرة من هـذه العلل، التي يكاد الاتفاق يقع عليها بين المذاهب الثلاثة ما عدا الأحناف و هي :

1- كل عيب يمكن سريانه بطريق العدوى للزوج الثاني، أو إلى الأولاد و يعلم هذا بفضل أهل الخبرة و الاختصاص و الطب، أو ما عرف بطريق العادة.

2- كل عيب يسبب نفورًا و اشمئزاز في النفس، إلا أن هذا المعيار يعتبر معيارًا ذاتيا و غير منضبط، فما يعتبر كذلك عند شخص، قد لا يكون الأمر نفسه في نظر شخص آخر.

3- كل عيب يخشى منه الضرر، كالجنون و غيره، فالمجنون في حالة هيجانه و فقدان عقله، قد يضـرب ويجرح غيره.

4- أي عيب أو مرض يمنع الجماع و الوطأ أصلاً ، أو ينقص الاستمتاع و بالتالي تفوت فرصة لتحقيـق الهدف من الزواج، خاصة و أن غالبية الأمراض والعلل المانعة للجماع، عيوب خفية غـير ظـاهرة و بالتالي يرد بكل عيب إذا علم أنه مما خفي على الزوج[199].

و من خلال ما تقدم نستخلص ما يلي :

1- ثبوت الخيار للزوجين بالعيوب، التي ذكرها الفقهاء، الذين أجازوا التفريق بين الزوجين للعيـوب، خاصة المذاهب الثلاثة المالكية و الشافعية و الحنابلة ماعدا الأحناف.

2- قياسهم ما استجد من العيوب مما لم يكن موجودًا في عهد سابقهم على ما كان موجودًا وأوجبوا فيه الخيار لأي زوج بسبب العلل التي ذكروها، و المتمثلة إجمالاً في علة عدم تحقيق الهدف من الزواج بالمعنى الواسع للزواج.

3- ضرورة الاستعانة بأهل الخبرة و الاختصاص، خاصة الطب ورجاله، في تحديد نوع المرض المستجد و تبين مدى أثره على الغير.

---

199 - الإمام ابن رشد - بداية المجتهد و نهاية المقتصد- الجزء الثاني – مرجع سابق .ص 51.

حيث أن هناك من الفقهاء، من توسعوا في هذا الباب أكثر من غيرهم، و نصوا صراحة على أن كل عيب منفر ومضر، أو كان سببًا في تعطيل المقصد الشرعي من الزواج و إنجاب الفشل، فإن النكاح يرد به و التفريق بين الزوجين يحدث.

فالاتفاق بين رجال الفقه على أن عيب ظهر، و لم يسبق أن تحدثوا عليه، وكان المرض مما تتوفر فيه علة من العلل المذكورة، كأن يكون معديا و مما تعافه النفس أو مما قد يسبب جناية كالجنون مـثلا فإن الحكم ينصـرف إليه، و يوجب الخيار و التفريق بين الزوجين مثل مرض السرطان والسل والزهري و ما ظهر أخيرًا بما يسمى مرض السيدا [200]، وفقـدان المناعة المكتسبة حيث اهتز لـه العـالم وقعـد لخطورته على الجنس البشري، و هو في الأصل ناتج عن الانحلال الخلقـي و التفكـك الاجتمـاعي و

[200] - أول اكتشاف لفيروس هذا الداء –السيدا- كان عام 1981 و لخطورته- حين بلغت نسبة الوفاة به في بعض الأحيان 100 % - تم تجنيد امكانيات كبيرة مادية و بشرية في كثير من دول العالم من أجل إيجاد طعم أو لقاح للوقاية منه، إلا أن الـهودات التي بـذلت لحد الآن باءت بالفشل في الغالب نظرًا لما يتمتع به فيروس هذا المرض من خصائص غريبة.

**ومن أهم طرق انتقاله** :

1- ينتقل مع السائل المنوي بطريقة المعاشرة العادية أو اللواط أو التلقيح الاصطناعي إلا أن انتقاله عن طريق الشذوذ أكثر.

2- ينتقل إلى الرضيع عبر حليب الأم، والأكثر من هذا، إلى الجنين و هو في بطن أمه عن طريق ما يأخذه من غذاء عن طريق المشيمة.

3-ينتقل مع الدم إذا كان المنقول منه حاملا لهذا الفيروس.

4- إفرازات اللعاب و الدموع من المصاب.

*** و أهم أعراضه** :

1- النقص الملحوظ في وزن الجسم .

2-فقدان الشهية للأكل.

3-الشعور بالإرهاق الشديد و التعب الشديد لأقل مجهود يقوم به المصاب .

4- ارتفاع درجة الحرارة.

5-ظهور بعض البقع داخل الفم.

6- ظهور أورام حمراء في الجسم تزداد شيئًا فشيئًا ... كتاب مرض الايدز للدكتور/ السيد الحملي -دار الشهاب - باتنة.

و قد تنبأ النبيε بحدوث مثل هذه الأمراض إذا ما انتشرت الفواحش، حيث جاء في حديث الرسول ε فقال : "يا معشر المهـاجرين، خمسة إذا ابتليتم بن و أعوذ بالله أن تدركوهن : لم تظهر الفاحشة في قوم قط حتى يعلنوا با فشا فيهم الطاعون والأوجاع الـتي لم تكن مضت في أسلافهم الذين مضوا ..."، رواه ابن ماجة في سننه جـ 2 / ص 133 بـاب العقوبات، وما يشد الانتبـاه في هـذا الحديث الشريف، الإعجاز الواقع فيه حيث قيد ظهور الطاعون و الأوجاع بظهور الفاحشة، و يكون فعلها علانية أمام الملأ ولا يوجد من ينكر على فاعليها، بذا يستحق الناس العقاب الإلهي القدري، وذلك عندما يعطل شرع الله و العقاب الشرعي، الحد إذا لو كـان الحد قائم ما وصلت الـتمعات إلى ما هي غارقة فيه، ولما استحقت هذا العذاب المسلط عليها حتى أن هذا الداء أفزع البشرية جمعاء، و جعلها تعيش في هلع وخوف منه خاصة أنه يتوسع جغرافيا مع مرور الوقت، حتى أصبحت جميع الدول والـتمعـات تعـاني منـه بدرجات متفاوتة.

الانحراف العام المسجل في العالم، خاصةً لدى الحضارات الغربية التي سمحت بالحرية الجنسـية، بـل أن الكثير ينظر إلى ذلك أنه مكسب حضاري و إنساني عظيم، وعندما أهمل الدين و تبخـرت الأخـلاق، ضاع الغرب و انتقلت العدوى إلينا كعالم ثالث، وذلك من باب التقليد الأعمى لتمع مادي غريـزي حيواني في ظل غياب الدين و الأخلاق.

**المطلب الثالث - العيوب الطارئة بعد الزواج** :

إذا كان العيب قديما موجودا قبل الزواج، فغالب الفقه مثلما تقدم يقول بجـواز التفريـق بـين الزوجين للعلل السابق ذكرها، و لكن السؤال يثور بافتراض حدوث شيء من الأمراض أو العيوب بأحد الزوجين، وهو أمر حدث، و يحدث على أرض الواقع، فهل لهذه العيوب الحادثة بعد العقد، أن تأخـذ نفس الحكم الذي أخذته تلك الحادثة قبله، و عندها يستحق السليم منهما الخيار بين البقاء والصبر مـع شريك حياته، أو تركه، لأن الضرر أكثر من أن يصبر عليه لزمن طويل، أم أن الحكم يختلف في حالتـه الثانية عن الحالة الأولى؟.

بالرجوع إلى أقوال الفقهاء في هذه القضية نجد اختلافهم بين من يجيز التفريق من عدمه .

- **فقال الأحناف** إذا جُنَ الرجل أو أصبح عنيًنا بعد الزواج، وكان قد دخل بالمرأة و لو مرة واحـدة، فلا يحق لها طلب الفسخ، لسقوط حقها بالمرة الواحدة [201].

**أما المالكية** : فقد فرقوا بين عيب الزوج و بين عيب الزوجة، حيث يرون أنه ليس للـزوج الخيـار أو طلب التفريق إذا حدث عيب بزوجته، و ما ذلك إلا مصيبة نزلت به، و على **خلاف** ذلـك تمامـا إذا حدث عيبا بالزوج، فاللزوجة الحق في طلب التفريق، إن كان العيب جنونًا،أو جذامًا، أو برصًا، حيـث أن أذى وضرر هذه الأمراض شديد.

و بخلاف ذلك تماما أطلق الشافعية والحنابلة القول بجواز التفريق بالعيب الحادث بعـد الـزواج كالعيب القائم قبله، فلا فرق بين العيوب الحادثة قبل الزواج و تلك التي تحدث بعده، فإذا أصبح الزوج مجنوناً بعد العقد فلها الخيار، وكذا بعد الدخول لأنه لا خلاص لها منه إلا بالفسخ، و طلب التفريـق، و كذا إن حدث بالمرأة عيب فللرجل حق الخيار كما لها، لكن الشافعية ذهبوا إلى إستثناء حدوث العنـة

[201] - وهبة الزحيلي -الفقه الإسلامي وأدلته - مرجع سابق ، ص 522.

بعد الدخول، فإنه لا يجوز لها طلب الفسخ لحصول مقصود النكاح، و استيفائها حقها منه لمرة واحدة[202].

و إذا ما أجرينا مقارنة بين هذه الآراء، يتبين لنا رجحان الرأي القائل بمشروعية التفريق بين الزوجين للعيوب، دون أن يذكروا تفريقاً بين حالة و أخرى، إذ لا وجه لهذا التفريق، فالسبب و العلة التي أوجبت مشروعية التفريق للزوجين بسبب العيوب الحادثة قبل الزواج، هي نفسها الموجبة للتفريق بعده، وهو مقتضى العدل و الإنصاف، الذي أقرته الشريعة، و أمرت به، أما الذين فرقوا بين الرجل والمرأة، في إعطاء حق الخيار بالعيوب الحادثة بعد الزواج، فمنحوا المرأة ذلك و منعوا الرجل منه لم يذكروا دليلا لهذا التفريق إلا ما عبروا عنه إنما مصيبة نزلت به فعليه أن يصبر عليها أو دونه.

أما موقف ق.أ.ج فواضح حيث أجاز للزوجة طلب التطليق للعيب متى كان مانعا من تحقيق الهدف من الزواج، ولم يفرق بين العيب السابق و اللاحق، إنما العبرة بالضرر الواقع على الزوجة شريطة أن يكون من العيوب الميؤوس منها أي الدائمة، أما تلك التي يمكن علاجها فيضرب للمصاب بها أجل لمعالجتها [203].

## <u>المبحث الثالث</u> : كيفية التفريق بين الزوجين.

[202] - وهبة الزحيلي -الفقه الإسلامي وأدلته – مرجع سابق ، ص 523.

[203] - م.ع غ.أ.ش في 08-02-1982 ملف رقم 26697 ن.ق 82 عدد خاص ، ص254.

يشتمل هذا المبحث على عدة نقاط تنحصر في شكل مطالب، و بعدها نتطرق إلى موقف قانون الأسرة الجزائري.

**المطلب الأول** : صاحب الحق في اختيار المفارقة. **المطلب الثاني** التفريق باشتراط السلامة من العيوب. **المطلب الثالث** التفريق بالعيوب القابلة للعلاج و الميؤوس منها. **المطلب الرابع** هل التفريق للعيوب يقع فسخًا أم طلاقاً.

## المطلب الأول - صاحب الحق في اختيار المفارقة :

### الفرع الأول - في الفقه :

لقد سبق و أن ذكرنا أن جمهور الفقهاء قد ذهبوا إلى جواز التفريق بين الزوجين للعيوب مع اختلافهم في عدد العيوب الموجبة للتفريق، و اختلفوا أيضا فيمن يملك حق الخيار من الزوجين ؟ أم هو خاص بأحدهما دون الآخر؟.

يرى الأحناف أن الخيار حق من حقوق الزوجة فقط، و يثبت حق التفريق بالعيب لها فقط لا للزوج لأن هذا الأخير يمكنه دفع الضرر عن نفسه بالطلاق، أما الزوجة فلا يمكن لها الدفاع عن نفسها إلا بإعطائها الحق في طلب التفريق لأنها لا تملك الطلاق[204]، و هو الرأي الذي أخذ به المشرع الجزائري في قانون الأسرة المادة 53 الفقرة 2 " يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للسبب التالي: العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج".

ولعل المشرع الجزائري يقصد بعبارة "العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج"، الغاية و المراد الذي من أجله شرع الزواج، و هو حفظ النسل، و الاستمتاع و بقاء الزوجة مع زوجها المعيب بعيب مادي جسمي أو معنوي عقلي نفسي يضرها أيما إضرار، حيث لا يعاشرها معاشرة الأزواج لزوجاتهم، و بالتالي يجب إعطائها وسيلة للتخلص مما هي فيه من المعاناة، أين تطلب التطليق ما دامت العصمة في يد الرجل و اشترط الأحناف في طلب التطليق أن يتوفر على الشروط التالية:

1- أن لا تكون عالمة بالعيب وقت العقد، فإن كانت به عالمة إمتنع عليها رفع دعوى التطليق بسقوط حقها في ذلك.

2- أن لا يكون التفريق إلا بحكم القاضي، بناء على طلب المرأة باعتبارها صاحبة المصلحة، وهي المدعية في دعوى التطليق.

---

204 - وهبة الزحيلي -الفقه الإسلامي وأدلته - مرجع سابق ، ص 516.

3- أن يثبت ذلك القاضي فعلاً، و يتحقق من صحة ما جاء في الدعوى[205] بمعنى أنه يتأكد من وجود ما تدعيه الزوجة بخبرة الخبراء و الاختصاصين و الأطباء، و بأي وسيلة أخرى كالإقرار و غيره.
وإذا كان الأحناف فد منحوا هذا الحق للزوجة فقط دون الزوج، فإن جمهور الفقهاء، الأئمـة الثلاثـة الحنابلة و الشافعية و المالكية، قالوا أن هذا الحق يثبت للزوجة و للزوج معاً على حد سـواء، و لـيس لأحد الفريقين ما يدعم به رأيه، إنما منطق القاعدة العامة يقتضي بضرورة وجوب رفع الضرر للحديث الشريف ☉ لا ضرر و لا ضرار★ و لأنه كلما كان الزواج بدون غرض انتفي مبرر بقائه.

الملاحظ من خلال ما ذهب إليه الرأيان الأحناف من جهة، و الجمهور من جهـة أخـرى أن الجميع يتفق على منح حق طلب التطليق للزوجة، واختلفا بشأن ثبوت نفـس الحـق للـزوج، ورأي الأحناف أسلم لأن الزوج يملك البديل و هو الطلاق مادامت في يده العصمة شرعاً و قانونًا، فما الفائدة من إعطائه حق طلب التطليق، ولكنه يعاقب إن تعسف في استعمال حقه في الطلاق وإلى ذلك ذهـب ق.أ.ج بموجب المادة 52 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص في فقرتا الأولى على "أنه إذ تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها".

**الفرع الثاني– موقف المشرع الجزائري:**

إن المشرع الجزائري قد أخذ بما أجمع عليه الفقه، وترك ما اختلف فيه فأباح حق طلب التطليـق للزوجة دون الزوج، بقوله في نص المادة 53 " يجوز للزوجة أن تطلب التطليق : للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج "فمصطلح العيوب واسع المعنى أي كل عيب يمنع من تحقيق أهداف الزواج، و هي حسب المادة 4 من قانون الأسرة الجزائري تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة
و التعاون و إحصان الزوجية و المحافظة على الأنساب، ولعل أثر الأمراض المختلفة والعيوب الجنسـية، كالجب والعنة والخصاء. تحول دون تحقيق ذلك وهذا هو منطق العدل والإنصاف تعبير عن روح الشريعة الإسلامية.

فعندما ندقق النظر في نص المادة 53 الفقرة 2 من قانون الأسرة، نلاحظ بأن سلامة الزوج مـن العيوب شرط أساسي للزوم الزواج، أي أنه إذا تبين لها وجود عيب فيه كان لها الحق في أن ترفع أمرها إلى القاضي تطلب التطليق، و يستوي أن يكون العيب عقليا أو معنويا كالجنون مثلاً، أو ماديا جسـميا

205 - فضيل سعد -شرح قانون الأسرة الجزائري "الزواج والطلاق"- مرجع سابق .ص 276.

كالعلل الجنسية أو الجذام و السل، والبرص، وعلى ذلك فإن شروط اعتبار العيب سببًا مبررًا للتطليق في القانون الجزائري هي :

1-أن يكون العيب في الزوج دون الزوجة، لأن العيوب إذا كانت في المرأة فلا خيار للرجل في فسـخ الزواج، لأنه يملك تطليقها في أي وقت يشاء طبقا لإرادته المنفردة، و ذلك ما تنص عليه المادة 48 مـن قانون الأسرة الجزائري بقولها " الطلاق حل لعقد الزواج، ويتم بإرادة الزوج ...".

2- أن يكون العيب المتصل بالزوج من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، أي تمنع مـن الدخول أو الاستمتاع الجنسي، وكذا الأمراض الضارة، و المنفرة التي تعكر صفوا الحياة الزوجية القائمة على الألفة و المودة، و لقد أحسن المشرع صنعًا عندما لم يحدد العيب، و لم يذكر الأمثلة وترك الأمـر للسلطة التقديرية للقاضي على أساس معيار موضوعي، وهو هل العيب يحول أم لا دون تحقيق الهدف من الزواج [206].

3-كما يجب أن يكون العيب ناتج عن مرض مستمر دائم لا يتوقع شفاؤه أبدًا، كالجب والعنة مثلاً أما إذا كان من الأمراض التي يمكن علاجها و يمكن شفاؤه منها، خلال أجل يراه الأطباء معقولاً، فإن على المحكمة أن تمهله و تمنحه أجلاً لمواصلة العلاج أملاً في الشفاء [207]. و عند اليأس من الشفاء يحكم للزوجة بالتطليق من الزوج المعلول، ولكن إذا كان المرض الذي يصيب الزوج ليس من شأنه الحيلولة دون تحقيق الهدف من الزواج، مثل المرض الذي يمنع الزوج من الحركة بسبب حادث، كأن يصاب في الرجل و اليد و نحوه أو مثل الصرع الطارئ، المتقطع الذي يأتي الزوج حيناً و يتركه أحيـاًنا فإنه لا يجوز للزوجة، أن تطلب التطليق بسببه، لأن مثل هذا المرض لا يحول حتما دون تحقيق الهدف من الزواج.

4- أن ترفع دعوى التطليق لدى القاضي، و هو الأمر القاطع للشك بأنا غير راضية بالحياة المشتركة مع زوج معيب.

5- أن يتأكد القاضي من وجود ما تدعيه بخبرة الخبراء و الأطباء و الاختصاصين، وبأي وسيلة أخـرى كالإقرار[208].

هذا و لقد ذهبت المحكمة العليا في عدة اجتهادات إلى منح حق طلب التطليق تطبيقاً لنص المادة 53 الفقرة 2 منها :

---

[206] - العربي بلحاج - شرح قانون الأسرة الجزائري-مرجع سابق، ص 282.

[207] - عبد العزيز سعد – الزواج والطلاق في ق.أ.ج - مرجع سابق، ص 277.

[208] - فضيل سعد -شرح قانون الأسرة الجزائري "الزواج والطلاق"- مرجع سابق. ص 279.

1- " من المقرر شرعًا أنه لا يسوغ الحكم بفك العصمة الزوجية بين الزوجين بطلب من الزوجة وحدها إلا إذا ثبت الإضرار بها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً لقواعد الشريعة الإسلامية ، وأشارت الزوجة في مقالاتها المتعددة بعجز زوجها عن ممارسة العلاقات الجنسية معها، فإنه كان من الواجب على قضاة الاستئناف إثبات ذلك بصفة شرعية و قانونية قبل التصريح بحكمهم، غير أنهم لما قضوا بالتطليق اعتماداً على نفور الزوجة من زوجها و على امتناعها من العودة إليه، فإنهم بقضائهم هذا خالفوا أحكام الشريعة الإسلامية، و متى كان الأمر كذلك استوجب نقض القرار المطعون "[209].

2- "من المقرر فقهًا وقضاءاً أنه إذا كان الزوج عاجزًا عن مباشرة زوجته، يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج، و إن الاجتهاد القضائي استقر على أن تكون الزوجة أثناء تلك المدة بجانب بعلها وبعد انتهائها، فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطليق، فإن القضاء بما يخالف هذه المبادئ يعد خرقًا لقواعد الشريعة الإسلامية ..."[210].

3- " ... أما التطليق فهو حق للمرأة المتضررة، وترفع أمرها للقاضي الذي يطلقها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقًا لأحكام الشريعة الإسلامية ..."[211].

4- من المقرر شرعًا أنه لا يسوغ للزوجة أن تطلب التطليق، أو الحصول عليه إلا بعد أن تثبت الضرر الخطير و المستمر الذي لحقها من بعلها، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقًا لمبادئ الشريعة الإسلامية ..."[212].

ومن خلال هذه الأحكام القضائية للمحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، نلاحظ أن القضاء الجزائري قد كرس ما جاء في المادة 53 الفقرة2 من قانون الأسرة و منح الزوجة حق طلب التطليق دون الزوج، أخذًا بما تم الاتفاق عليه بين الفقهاء، وتاركًا ما اختلفوا فيه، وهو نفس النهج الذي انتهجه غالبية القوانين العربية، حيث نص القانون السوري في المادة 105 على أن للزوجة طلب التفريق بينها و بين زوجها في الحالتين التاليتين :

أ- إذا كان فيه إحدى العلل المانعة من الدخول بشرط سلامتها هي منها.

ب- إذا جن الزوج بعد العقد.

---

209 - م.ع.غ.أ.ش 14-5-84 ملف رقم 33275 .م ق 1990 عدد 2، ص75.

210 - م.ع.غ.أ.ش 19-11-84 ملف رقم 34784 .م ق 1989 عدد 3، ص73.

211 - م.ع.غ.أ.ش 3-12-84 ملف رقم 35026 .م ق 1989 عدد 4، ص86.

212 -م.ع.غ.أ.ش 17-12-84 ملف رقم 34767 .م ق 1990 عدد 1، ص92..

المادة 106 الفقرة 1 : يسقط حق المرأة في طلب التفريق بسبب العلل المبينة في المادة السابقة إذا علمت بها قبل العقد و رضيت بها بعده.

الفقرة 2 : على أن حق التفريق بسبب العنة لا يسقط.

المادة 107 إذا كانت العلل المذكورة في المادة 105 غير قابلة للزوال، يفرق القاضي بين الزوجين في الحال، و إن كان زوالها ممكنا تؤجل الدعاوى مدة مناسبة لا تتجاوز السنة، وإذا لم تزل العلة فرق بينهما[213].

المادة 108 : التفريق للعلة طلاق بائن[214].

القانون المصري رقم 25 لسنة 1920 فقد نص في مادته 9 على أن: " للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها، إذا وجدت به عيباً مستحكماً، لا يمكن البرء منه، أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل، ولا يمكنها المقام معه، إلا بضرر كالجنون و الجذام و البرص، سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد، ولم تعلم به، أم حدث بعد العقد و لم ترض به. فإن علمت الزوجة بالعيب، أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحةً أو دلالةً فلا تجوز التفريق".

مع الإشارة أنه ظل العمل باقياً في التطليق بعيوب الجب والخصاء والعنة طبقًا للرأي الراجح من المذهب الحنفي، الذي كان معمولاً به قبل العمل بهذا القانون الذي أضاف حالات أخرى للتطليق للعيب، عندما نص في المادة 11 أن "يستعان بأهل لخبرة في العيوب التي يطلب فسخ الزواج من أجلها"[215].

أما قانون حقوق العائلة اللبناني فينص في المادة 122 " إذا اطلعت الزوجة بعد النكاح أن الزوج أصيب بعلة لا يمكن الإقامة بها معه سوية بلا ضرر، كالجذام والبرص وعلة الزهري أو حدثت به أخيرًا علة، فلها أن تراجع الحاكم وتطلب التفريق، و الحاكم يرى إن كان يوجد أمل بزوال العلة يؤجل التفريق سنة واحدة ..." [216].

هكذا ومن خلال هذه المواد من القانون السوري و المصري و اللبناني، نلاحظ أنها منحت للزوجة حق طلب التطليق و التفريق بينها و بين زوجها المريض أو العليل، وهذا الحق يثبت للزوجة وحدها دون الزوج، في حين ذهبت مدونة الأحوال الشخصية المغربية في الفصل 54 إلى أن الزوجة

---

[213] - عبد الرحمان الصابوني –شرح قانون الأحوال الشخصية السوري – مرجع سابق، ص 69- 70.

[214] - عبد الرحمان الصابوني –شرح قانون الأحوال الشخصية السوري – نفس المرجع، ص 69- 70.

[215] - محمد عزمي البكري - موسوعة الفقه و القضاء في الأحوال الشخصية - مرجع سابق، ص 266 – 267.

[216] - بدران أبو العينين بدران - الفقه المقارن للأحوال الشخصية – مرجع سابق، ص 443.

إذا وجدت بزوجها عيباً لا يرجى شفاؤه، أو يرجى ولكن بعد مدة تزيد على سنة، و لا يمكنها البقـاء معـه إلا بضرر، جاز لها طلب تطليقها، وإن الزوج إذا وجد بالزوجة عيباً كالجذام و البرص و السـل وداء الفرج، إن علم به قبل الزواج فله الخيار إن شاء طلق و إن شاء أبقاها، و إن علم بعد الزواج فلـه الخيار أيضا إن شاء أبقاها و إن شاء ردها [217]، هكذا نلاحظ أن المشرع المغربي قد أخذ برأي الجمهور ماعدا الأحناف في إقرار حق طلب التطليق للزوجين على حد سواء، و هكذا نسـتخلص أن المشـرع الجزائري قد ساير المذهب الحنفي مثل غالبية التشريعات العربية، في إعطاء حق طلب التطليق للزوجـة دون الزوج، وذلك هو الرأي الراجح و هو الوسيلة لدفع الضرر عن الزوجة و لا ترغم على البقاء مـع زوج عليل مريض لا يفيها حقها كزوجة و لا يسرحها بإحسان، فيجعل الله لها مخرجاً ويعجبني قـول الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه وكذا الإمام علي كرم الله وجهه " ماَ ذْنبهنَ إذا جاء العجز من قبلكم" [218].

**<u>المطلب الثاني</u> - التفريق باشتراط السلامة من العيوب :**

**الفرع الأول- في الفقـه:**

إذا اشترط أحد الزوجين أو كلاهما، عند العقد السلامة من العيوب، أو مـن بعضـها بـذكر أسمائها، مع العلم أن اشتراط السلامة لا يكون في التي توجب الخيار بنفسها، وبالتالي يجوز التفريق بـين الزوجين بها، و إنما الاشتراط في العيوب التي لا تثبت حق طلب التطليق من طرف الزوجـة أو الـرد والطلاق من طرف الزوج، فهل يعطي الطرف الشارط هذا الحق إن وجد بصاحبه العيب الذي اشترط السلامة منه؟ و بعبارة أخرى إذا رغب الزوج بصفة في زوجته مثلاً، كونا بكرًا أو مسلمـة أو حرة أو ذات نسب أو حاملة لشهادة علمية معينة و غير ذلك، فظهر له خلاف ذلك فهـل لـه فسخ الزواج ؟ و هذا ما يعرف بخيار الغرور [219]، أو خيار فوات الوصف المرغوب[220].

---

[217] - عبد العزيز سعد – الزواج والطلاق في ق.أ.ج - مرجع سابق، ص 262.

[218] - بدران أبو العينين بدران - الفقه المقارن للأحوال الشخصية -مرجع سابق ، ص 441

[4]– محمد عزمي البكري - موسوعة الفقه و القضاء في الأحوال الشخصية- مرجع سابق ، ص 292 .

[219] - الغرور من غر –وغرورُ جمعه و أجمعه بالباطل يقال "ما غرك بفلان" ، "المنجد في اللغة و الإعلام "، الطبعة 22 دار المشـرق بيروت، ص 546.

[220] - وهبة الزحيلي -الفقه الإسلامي وأدلته - مرجع سابق ، ص 525.

لقد اختلف في هذا الأمر الفقهاء و تعددت آرائهم و الغالب فيها ثبـوت الخيـار و هـو رأي الجمهور غير الحنفية.

يرى الأحناف ومعهم الجعفرية و الزيدية إلى أنه إذا اشترط أحد الزوجين في صاحبه صفة يرغب في وجودها في شريك حياته، و ظهر له الأمر على خلافه لم يـكن له الخيار في الفرقـة[221]، وبالتالي فلا حق للزوجة في طلب التطليق، وبمعنى آخر في رأي الأحناف أنه لا اعتـبار للـشروط في شـأن النكاح مطلقاً فما اعتبره الشارع عيباً موجبًا لخيار الفرقة وجب فيه ذلك من غير اشتراط، وما لم يعتبره الشرع كذلك فلا يستحق بالشرط، و قالوا أنه إذا كان قد سمى لها مهرًا أكثر من مهر مثلها بسبب هذا الشرط كأن يشترط بكارتا، أو تحصيلها شهادة معينة فلم يتحقق ذلك، لم يلزم الزوج بأكثر من مهـر مثلها، وقال ابن الهمام في فتح القدير " و في النكاح لو شرط وصفًا مرغوباً فيه كالعذرة و الجمـال و الرشاقة و صغر السن، فظهرت ثيباً عجوزًا شمطاء ذات شق مائل ، ولعاب سائل، و أنف هائل، وعقل زائد، لا خيار له في فسخ النكاح به" ، ويميل إلى رأي الأحناف المذهب الشافعي [222].

أما في المذهب المالكي فالرأي مخالف، فإذا اشترط السلامة من العيوب عند العقـد، فالشـرط معتبر، وللشارط الخيار عند وجود العيب، وعليه فإذا قال العاقد للرجل زَوَّجْتُكَ هذه مسلمة حرة بكـر فوجدها كتابية أمة ثيب ، أو اشترط أحد الزوجين وصفاً مرغوبًا في الآخر كصغر السن والجمال وظهر لـه خلاف ذلـك، انعقد العقد وله الخيار بين الرضا والرد [223]، ونلاحظ هنا أن المالكية قـد أنزلـوا وصف الأب مثلا في مجلس العقد بأوصاف الجمال والحسن م لة المشترط، ويعطي الزوج الخيار بفقدها أي إذا وجدها على خلاف الوصف، لأنه تغرير به و لو لم يشترطه. و هو نفس الـرأي تقريبًـا عنـد المذهب الحنبلي، فإذا غر الرجل بالمرأة بما تحل بأمر الكفاءة كالحرية والنسب فلها الخيار بين الفسـخ و الإمضاء، أي تجوز للمرأة أن تطلـب التطليق و إذا تزوج الرجل امرأة يظنها حـرة أو مسلمة فبـان خلاف ذلك يثبت له حق الخيار بين الرد و الإبقاء.

هكذا يتبين لنا أن ما ذهب إليه المالكية و الحنابلة هو الأرجح لأن التدليس و التغرير لا يجـوز شرعًا في البيوع وغيرها، فما بالنا إذا وقع في عقد كعقد الزواج، والذي يقوم عليـه كيـان الأسـرة

---

221 - وهبة الزحيلي –الفقه الإسلامي و أدلته – نفس المرجع، ص 525.

222 - وهبة الزحيلي –الفقه الإسلامي و أدلته – مرجع سابق، ص 526.

223 - وهبة الزحيلي –الفقه الإسلامي و أدلته – نفس المرجع، ص 526.

ومستقبلها، و هي نواة المجتمع و أساسه، فإذا جُوزَ حدوث مثل هذا التدليس بين الزوجين و هما ركنا الأسرة الأساسيان، فكيف تكون تصرفات أفراد المجتمع عامة بعضهم مع بعض.

ثم إن الحياة الزوجية التي بنيت على السكينة و المودة و الرحمة لا يمكن أن تتحقق و تستقر، ما دام هناك شيء من العيوب و الأمراض ينفر أحد الزوجين عن الآخر، فإن العيوب و الأمراض المنفرة لا يتحقق معها المقصود من النكاح[224]، و من أجل كل ذلك أذن الشارع الحكيم بتخير الزوجين في قبول الزواج أو رفضه، وللإمام ابن القيم تحقيق جدير بالنظر و الاعتبار إذ قال : فالعمي و الطرش وكونها مقطوعة اليدين أو الرجلين أو أحدهما، أو كون الرجل كذلك هي أعظم المنفرات، والسكوت عنه من أقبح التدليس و الغش، و هو مناف للدين.

و قد قال أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه، لمن تزوج امرأة و هو لا يولد له " أخبرها أنك عقيم و خيرها".

وقال : و القياس أن كل عيب ينفر الزوج الأخر منه، ولا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة، يوجب الخيار، وهو أولي من البيع، كما أن الشروط المشروطة في النكاح أولى بالوفاء من شروط البيع. و ما ألزم الله و رسوله مغروراً قط، و لا مغبوناً بما غر و غبن به[225].

كل هذه الأمور التي أوردها الأستاذ السيد سابق، تدل دلالة قاطعة على رجحان ما ذهب إليه المالكية حيث إذا غر أو دلس طرف على الآخر ، أو اشترط أحد الطرفين شرطًا أثناء العقد فظهر له خلاف ذلك جاز له الخيار فله الرد أو الإبقاء.

بالإضافة إلى ما تقدم فقد روي عن عمر رضي الله عنه قوله : أيما امرأة تزوجت و بها جنون أو جذام أو برص فدخل بها ثم اطلع على ذلك فلها مهرها بمسيسة إياها، وعلى الولي الصداق لما دلس ، كما غره و نفس الرواية عن علي كرم الله وجهه تقريباً.

وإذا اشترط السلامة، واشترط الجمال فبانت شوهاء، أو شرطها شابة حديثة السن فبانت عجوز شمطاء، أو شرطها بيضاء بكر فبانت سوداء ثيب فله الفسخ في ذلك، فإن كان قبل الدخول فلا مهر وإن كان بعده فلها المهر، و هو غرم على و ليها إن كان غَرَهُ و إن كانت هي الغارة سقط مهرها، أو رجع عليها به إن كانت قبضته و قد نص على هذا أحمد بن حنبل في إحدى الروايات.

---

224 - السيد سابق – فقه السنة – الجزء الثاني- مرجع سابق، ص 63.

225 - السيد سابق – فقه السنة – الجزء الثاني- مرجع سابق، ص 63 و ما بعدها .

و لها أيضا نفس الحق فإذا اشترطته شاًبا جميلا صحيحا، فبان شيخا مشوهاً أعمى أطرش أخرس أسود، فكيف تلزم به و تمنع من الفسخ [226]، خاصة الزوجة فلها الأولوية في طلب التطليق ما دامت لا تملك وسيلة أخرى مثل الزوج.

**الفرع الثاني – موقف المشرع الجزائري** :

وقد أخذ المشرع الجزائري بهذا الرأي الراجح بحيث سمح أن يشترطا في عقد الزواج ما يشاءان من الشروط التي يراها كل واحد منهما أنها تسعده أو تخدم مصلحته، وتريح نفسه شريطة ألا تحلل حراماً، أو تحرم حلالاً أو تتناقض مع الشريعة الإسلامية و أحكامها، باعتبارها الأصل التشريعي لقانون الأسرة الجزائري خاصة المذهب المالكي، و ذلك ما يتضح جلياً من خلال نص المادة 19 التي تقضي وتنص على أنه " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانها ما لم تتناف مع هذا القانون ".

وقد جاءت بعض الاجتهادات القضائية وفقا لقرارات المحكمة العليا بهذا الخصوص كتطبيقات قضائية لمضمون المادة 19 من قانون الأسرة الجزائري السالفة الذكر منها.

1- حيث أنه من المقرر فقهاً و قضاءًا، جواز اشتراط الزوجة في عقد الزواج ما تشاء من الشروط التي تكون لها فيها فائدة، بشرط أن لا تحلل حرامًا أو تحرم حلالاً و يشترط أن لا يتناقض مع روح العقد، وحيث أن قضاة الموضوع بعد أن استبعدوا التهم التي أسندت إلى الزوج استنتجوا من الوقائع و من الوثائق بما لهم من سلطة تقديرية أن الزوج بإصراره على إخراج زوجته من بلدها يعتبر مخلاً بأحد الشروط التي تضمنها عقد الزواج التي التزم بها الزوج مما يترتب عليه فك العصمة، و عليه فإنهم لم يخالفوا أحكام الفقه الإسلامي و يعتبر الوجه – وجه طعن غير سديد [227].

[226] - السيد سابق – فقه السنة – الجزء الثاني- نفس المرجع- ص 63 و ما بعدها.

[227] - المحكمة العليا – غرفة القانون الخاص 3-3-71 : النشرة القضائية 1972 عدد 2، ص 39.

2- من المقرر شرعاً أنه لا يؤخذ بعين الاعتبار طلب إسقاط حقوق المطلقة، بسبب فقد بكارتها قبل البناء بها، إلا إذا كان الزوج اشترط ذلك في عقد الزواج، و لا يحكم بفسخ النكاح إلا إذا كان هذا النكاح فاسدًا [228].

3- من المقرر قانونا وشرعاً أن الشرط الوارد في عقد الزواج، الذي لا يقتضيه العقد ولا ينافيه والذي يدخل في باب الكراهة لما فيه من التحجير لا يلزم الزوج به ولا يؤثر في عقد الزواج، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للأحكام الشرعية، و لما كان من الثابت في قضية الحال -إن قضاة الموضوع ألزموا الزوج بالعرف بتعهده بالبقاء بزوجته بالعاصمة يكونوا بقضائهم كذلك قد خالفوا أحكام الشريعة و فرضوا عليه قيداً هو مخير فيه، و متى كان كذلك استوجب نقض و إبطال القرار المطعون فيه [229].

هكذا يعطى حق الاشتراط في أمور بسيطة، فمن باب أولى الاعتداد بالشروط الخاصة بالعيوب قياسياً.

## المطلب الثالث - هل التفريق للعيب فسخ أم طلاق.

بعد عرض مختلف النقاط الخاصة بالتفريق القضائي بين الزوجين، و بطلب من الزوجة للعيوب المختلفة، ثور سؤال هام مفاده: هل أن التفريق للعيوب يعد فسخًا لعقد الزواج و لرابطة النكاح أم هو طلاق؟.

للإجابة على هذا السؤال نتطرق بشكل مختصر إلى رأي الفقهاء في المذاهب الأربعة على وجه الخصوص ثم نبين موقف المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة.

### الفرع الأول- في الفقه:

للفقهاء رأيان مختلفان هما:

1- قال الحنفية و المالكية : أن التفريق بالعيب يقع طلاقا بائنًا، حيث أن حكم القاضي يضاف إلى الزوج و بعبارة أخرى فإن القاضي يقوم مقام الزوج، فكأنه طلقها بنفسه و لأنها فرقة بعد زواج صحيح، والفرقة بعد الزواج الصحيح عند المالكية تكون طلاقاً لا فسخًا [230]، بالإضافة إلى ذلك فإن المقصود من التفريق هو رفع الظلم عن الزوجة و لا يكون ذلك إلا بالطلاق البائن، ويقوم القاضي مقام الزوج

228 - المحكمة العليا – غرفة الأحوال الشخصية 25-6-84 : ملف رقم 33715 م ق 1989 عدد 4، ص 99.

229 - المحكمة العليا – غرفة الأحوال الشخصية 20-6-88 : ملف رقم 49575 م ق 1991 عدد 2 ، ص 54.

230 - وهبة الزحيلي -الفقه الإسلامي وأدلته - مرجع سابق ، ص 523.

لأن هذا الأخير إمتنع عن طلاقها ظلمًا، وبالتالي تكون الفرقة بسبب من الزوج، طلاقاً بائنًا، حتى لا يكون للزوج مراجعتها، و إلا لصارت معلقة لا هي ذات زوج يؤدي إليها حقها، و لا هي مطلقة بلا رجعة فيحق لها أن تتزوج بغيره [231].

هكذا نلاحظ أن الأحناف و المالكية قد جعلوا الفرقة بسبب العيب طلاقًا بائن، و الزوجة التي يطلقها القاضي يكون عليها العدة احتياطاً، كما يكون لها المهر كاملاً إن كان الزوج قد اختلى بها خلوة صحيحة، و في ذلك ورد عن عمر بن الخطاب و علي بن أبي طالب قالا : " ماذا نبهن إذا جاء العجز من قبلكم".

2- أما الشافعية و الحنابلة و على خلاف الرأي الأول يعتبران أن نوع الفرقة بسبب العيب هي فسخ لا طلاق [232]، والفسخ لا ينقص عدد طلقات الزوج، وبالتالي للزوج إعادة الزوجة بنكاح جديد وبولي وشاهدي عدل و مهر، لأنا فرقة من جهة الزوجة فيه، والفرقة إذا كانت من جهة الزوجة تكون فسخًا لا طلاقاً، ومعنى ذلك عند أهل هذا الرأي أن الطلاق لا يكون إلا من الزوج وما عداه فهو فسخ لرابطة النكاح، فهو لا طلاق رجعي ولا بائن و للزوج أن يراجع زوجته ويملك ثلاث طلقات[233].

هكذا نرى أن الرأي الفقهي منقسم بين فريق يجعل نوع الفرقة بسبب العيب فسخًا لعقد الزواج، وفريق آخر يجعله طلاقاً بائن، و بالاعتماد على بعض المنطق نلاحظ أن الراجح هو جعل تطليق القاضي للزوجة للعيب، وبطلب منها طلاق بائن لأن الهدف و المقصود هو رفع الضرر و إبعاد الظلم عن الزوجة، و ذلك بحكم القاضي الذي له الولاية العامة، و يكون التطليق بائن حتى لا يكون للزوج مراجعتها [234] جبرًا عنها ، فيعود الأمر و الضرر لما كان عليه في السابق.

## **الفرع الثاني - موقف المشرع الجزائري:**

و المشرع الجزائري ترك الأمر غامضاً، عندما نص على أن ما يوقعه القاضي من فرقة طبقًا للمادة 53 من قانون الأسرة الجزائري يكون طلاقاً، فقد جاء في نص المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري "الطلاق حل عقد الزواج، ويتم بإرادة الزوج، أو بتراضي الزوجين، أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53و 54 من هذا القانون ".

---

[231] - بدران أبو العينين بدران - الفقه المقارن للأحوال الشخصية – مرجع سابق، ص 441.

[232] - عبد الرحمان الصابوني –شرح قانون الأحوال الشخصية السوري – مرجع سابق ص 73.

[233] - فضيل سعد -شرح قانون الأسرة الجزائري "الزواج والطلاق"- مرجع سابق. ص 278.

[234] - بدران أبو العينين بدران - الفقه المقارن للأحوال الشخصية –مرجع سابق ص 441.

ثم جاءت بعدها المادة 50 من نفس القانون "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتـاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق قد يحتاج إلى عقد جديد".

و يتضح من نصوص هذه المواد أن نوع الفرقة للعيب في قانون الأسرة الجزائري هو طلاق بائن، أخذا بما ذهب إليه المذهب المالكي باعتباره المصدر التشريعي لقانون الأسرة الجزائري. هذا من جهة و من جهـة أخرى فإن المشرع الجزائري لم يوضح ما إذا كان الطلاق بائن ببينونة صغرى أو كبرى، والقاعـدة أن الطلاق يكون رجعيًا إلا إذا ورد نص من المشرع باعتباره بائناً ، مما يجعل الأمر غامض، ومن المستحسن تحديده بوضوح [235].

و الواضح جليا أن نوع الفرقة بسبب العيب و الضرر هو طلاق بائن، و ذلك ما ذهبـت إليـه المحكمة العليا في بعض اجتهاداتا القضائية، حيث قالت في إحدى أحكامها "من المتفق عليه فقها وقضاءًا في أحكام الشريعة أن الطلاق الذي يقع من الزوج هو الطلاق الرجعي، و أن حكم القاضي به لا يغـير من رجعته لأنه إنما نزل على طلب الطلاق، أما الطلاق البائن فهو الذي يقع ما قبل الدخول أو وقع بناء على عوض تدفعه الزوجة لزوجها للتخلص من الرابطة الزوجية معه، وكذلك الطـلاق الـذي يوقعـه القاضي بناء على طلب الزوجة لرفع الضرر عنها و حسم الـ اع بينها و بين زوجها. إن القضـاء بمـا يخالف هذا المبدأ يعد خرقًا لأحكام الشريعة الإسلامية [236]. كما قضت أيضاً بأن " من راجع زوجته بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفًا للقـانون" [237].

و نستنتج في الأخير أن تطليق القاضي للعيب، بعد طلب من الزوجة هو طلاق بـائن حسـب المشرع الجزائري، و إلى ذلك ذهب القانون رقم 25 لعام 1920 المصري في مادته الخامسة، عندما نـص على أن الفرقة بالعيب طلاق بائن " و بالتالي فإن طلاق القاضي لا يؤدي إلى الغرض المقصود منه و هو حماية المرأة من ظلم الرجل إلا إذا كان بائنًا [238]. فلا يجوز إذن للزوج مراجعة زوجته و لو كانـت في العدة ، لأنه يفوت عليها بالمراجعة قصدها بالتفريق و لأن المراجعة شرعت لفوائد لا تحققها.

---

[235] - فضيل سعد -شرح قانون الأسرة الجزائري "الزواج والطلاق"- مرجع سابق. ص 278.

[236] - المحكمة العليا – غرفة الأحوال الشخصية 10-2-86 : ملف رقم 39463 م ق 1989 عدد 1- ص 115 .

[237] - المحكمة العليا – غرفة الأحوال الشخصية 18-7-88 : ملف رقم 49858 م ق 1992 عدد 1- ص 37.

[238] - محمد عزمي البكري - موسوعة الفقه و القضاء في الأحوال الشخصية - مرجع سابق، ص 292.

# الباب الثاني.

## التطليق للهجر، الغياب والضرر والفاحشة .

يشمل الباب الثاني على جواز طلب الزوجة للتطليق للأسباب الواردة في الفقرات الخمسة الأخيرة من المادة 53 قانون الأسرة وهي التي قسمنها إلى فصلين.

الفصل الأول نتعرض للتطليق لسبب الهجر في المضجع، والتفرقة بينه وبين الهجر بغرض التأديب من جهة، ومن جهة أخرى التفرقة بين الهجر في المضجع الوارد في قانون الأسرة و الايلاء.

كل ذلك في مبحث أول، أما المبحث الثاني فهو مخصص للتطليق للحكم بعقوبة على الزوج في الفقه الإسلامي وشروط ذلك في قانون الأسرة .

أما المبحث الثالث فقد انصب تفكيري فيه إلى معالجة التطليق في حالة الغائب و حالة المفقود.

وحرصت في الفصل الثاني من هذا الباب على تبيان التطليق للضرر المعتبر شرعا، بما في ذلك حالة الشقاق والنشوز، وتعيين الحكمين وهي نقاط يحتوي عليها المبحث الأول.

في حين يشمل المبحث الثاني التطليق للضرر في حالة التعدد، وشروط ذلك في قانون الأسرة مع إبراز حكمة ومبررات تعدد الزوجات.

يأتي مبحث ثالث تحت عنوان التطليق للفاحشة المبينة، محاولا إبراز المقصود بالفاحشة، والتطرق إلى بعض الصور التي تلحق با كالزنا و الخمر.

# الفصل الأول :
# التطليق للهجر و الحبس و الغياب :

لقد نصت المادة 53 في فقراتا الثالثة و الرابعة و الخامسة، على جواز طلب الزوجة للتطليق بسبب الهجر في المضجع، وبسبب الحكم بعقوبة مقيدة لحرية الزوج، وكذا بسبب غياب الزوج لمدة سنة دون عذر ولا نفقة. وتبعا لترتيب المشرع لأسباب التطليق، نتناول في ثلاثة مباحث كيفية طلب الزوجة للتطليق استناداً إلى الأضرار المتولدة عن الهجر و الحبس و الغياب، وكذا حالة فقد الزوج.

يشمل المبحث الأول التطليق للهجر في المضجع، المقصود في ق.أ.ج بعد إبراز الاختلاف بينه وبين الهجر بغرض التأديب من جهة، وبينه وبين الايلاء من جهة أخرى .

أما المبحث الثاني فيحتوي على التطليق للحكم بعقوبة على الزوج في الفقه الإسلامي أولا، وشروط التطليق للحبس في قانون الأسرة الجزائري.

أما التطليق في حالة الغائب وموقف الفقه الإسلامي من ذلك ومن ورائه ق.أ.ج، بالإضافة إلى التطليق في حالة المفقود. هي نقاط يجمعها المبحث الثالث .

## <u>المبحث الأول</u> : التطليق للهجر في المضجع.

من الأسباب التي أجاز قانون الأسرة الجزائري للزوجة طلب التطليق من زوجها، ما ورد النص عليه في الفقرة 3 من المادة 53 "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للهجر في المضجع لمدة أربعة أشهر".

إن الهجر في المضجع refus de partager la couche كثيرًا ما يحدث، حيث يدير الزوج ظهره لزوجته في الفراش و لا يهتم با الاهتمام المطلوب منه كزوج، فلا يعتبر زوجته موجودة بجانبه، وقد يترك فراش الزوجية أو غرفة النوم الزوجية لينام في فراش آخر أو في غرفة أخرى، ... هذا السلوك من الزوج تجاه زوجته قد يكون قصد تأديبها و هو حق من حقوقه الشرعية، ويمنعها من النشوز والعصيان، و المبرر شرعي و قانوني، وقد يكون الهجر في المضجع ناتج عن حلف الزوج على ترك قربان زوجته أربعة أشهر فأكثر، وذلك ما يعرف بالايلاء في الشريعة الإسلامية، وقد يكون الهجر في المضجع بقصد الإضرار با و تعذيبها، فلا يؤدي لها حقًا من حقوقها الشرعية الملازم لطبيعتها البشرية.

و السؤال الذي يثور هنا هو متى يكون الهجر بغرض التأديب ومتى يكون إيلاءًا، و متى يكون الهجر بقصد الإضرار با ولمدة أربعة أشهر، وما الفرق بين هذه الحالات ؟، و نحاول الإجابة على هذه

الأسئلة في المطالب التالية، بالإضافة إلى التطرق في نهاية هذا المبحث إلى إعطاء فكرة مختصرة جدًا لكـل من الظهار و اللعان، باعتبارهما أمران يلحقان أضرارًا معتبرة بالزوجة، قد تؤدي إلى تطليقها من زوجها، ولكن بشكل موجز حتى لا نخرج عن موضوع البحث.

## المطلب الأول - الهجر في المضجع بغرض التأديب:

يقول الله سبحانه و تعالى في كتابه الكريم [ فَالصالِحَاتُ قَانِتَاتٌ حَافِظَاتٌ لِلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ اللهُ وَاللاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُن فَعِظُوهُن وَاهْجُرُوهُن فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُن فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلا تَبْغُوا عَلَيْهِن سَبِيلا إِن اللهَ كَانَ عَلِيا كَبِيرًا } [239].

يقول الإمام محمود شلتوت في تفسير هذه الآية أنها ترشدنا إلى أن النساء منهن الصالحات، وأن من شأن الصالحات القنوت و السكون و الطاعة لله فيما أمـر به، ومنه القيـام بحقـوق الـزوج الزوجية، والخضوع لرياسة الرجل فيما جعلت فيه الرياسة، و الاحتفاظ بالأسرار الزوجية والمنـزلية، التي لا ينبغي أن يطلع عليها أحد غير الزوجين، وإن هذا الصنف من الزوجات ليس للزوج عليهن شيء من سلطان التأديب[240].

- ومنهن غير الصالحات، وهن اللاتي يحاولن الخروج على حقوق الزوجية، و يحاولن الترفع و النشـوز عن مركز الرياسة، بل على ما تقتضيه فطرتهن فتعرض بذلك الحياة الزوجية للتدهور و الانحلال، فقـد وضعت السورة لردعهن و إصلاحهن، وردهن إلى مكانتهن الطبيعـية و المنزلية، طـريـقة

وكلـت إلى الزوج و هو أن يعالجها بأنواع من العلاج، وهي الوعظ و الهجر، والضرب، ولكل صنف من النساء ما يليق به ويكفي في ردعه [241].

فالهجر في المضجع هو وسيلة من الوسائل التأديبية التي يملكها الزوج في مواجهة زوجته، بهدف تهذيبـها وإرجاعها إلى طاعته، و لقد أوجب الإسلام على الزوجة طاعة زوجهـا، ولا يبـيح لهـا النـشوز

[239] -الآية 34 من سورة النساء.

[240]- محمود شتلوت –تفسير القرآن الكريم –الأجزاء العشرة الأولى –الطبعة الثامنة 1981 دار الشروق بيروت. ص 174 وما بعدها

[241] - محمود شلتوت – تفسير القرآن – الأجزاء العشرة الأولى، ص 174 وما بعدها.

والعصيان، و قد أشار المسرع الجزائري إلى ذلك من خلال نص المادة 39 الفقرة 1 من قانون الأسـرة " يجب على الزوجة : طاعة الزوج ومراعاته باعتباره رئيس العائلة ". و الطاعة نقيض النشوز والعصيان.

فالزوجة الناشز و التي لا تأتمر بأوامر زوجها و طاعته و الخضوع لـه، أباح لـه الإسـلام أن يتخذ حيالها وسائل الإصلاح و التهذيب لتعود إلى رشدها، لإرجاع الحياة الزوجية إلى وضعها السليم، يقوم الزوج دون غيره - حفاظًا على ما بين الزوجين من أسرار من الذيوع والانتشار - بالموعظة الحسنة و يذكرها بم أوجب الله عليها، من حسن الصحبة والعشرة، و يحذرها من سوء العاقبة و انحلال الأسرة و تشرد الأولاد و ضياعهم.

وإذا لم تنفع هذه الوسيلة يلجأ الزوج إلى الهجر في المضجع كلون من ألوان التأديب الشرعي الـوارد في الآية القرآنية السابقة، ويكون هذا العلاج نافعًا و ناجعًا مع الزوجة التي يشق عليها الهجر في المضجع و التي ترغب دائماً في ملازمة زوجها في المنام [242]، فعلاجاً لعدم طاعتها شرع الله هذه الوسـيلة القائمـة على هجر الزوج فراش الزوجية مدة، وذلك بأن ينام في حجرة غير التي تبيت فيها زوجته، أو يبيت في فراش أخر غير فراشها، وقـد حدد العلماء مدة الهجر في المضجـع بما لا يصل إلى مـدة الايـلاء " أربعة أشهر" [243].

فالهدف من مثل هذا الهجر للمضجع إنما هو التأديب، و إبعاد نشوز و عصيان الزوجة وإرجاعها إلى صوابا، و وجوب طاعتها له حفاظا على الحياة الزوجية و الأسرة و الأولاد و المتمع، ومتى كـان الأمر كذلك فالهدف شرعي و قانوني، والسبب شرعي أيضا، و لا يحق للزوجة حينها أن ترفع أمرها إلى القضاء طالبةً التطليق للضرر، لأن الزوج يستعمل حقاً دينًيا شرعًيا و قانونيا و منطقيا، ثابت في القـرآن إلا إذا أساء الزوج استعمال حقه في تأديب زوجته.

و في السنة النبوية روي عن الرسول ε أنه قال في حجة الوداع ☉ فاتقوا الله في النساء، فـإنن عوان عندكم، ليس تملكون منهن شيئاً غير ذلك إلا أن يأتين بفاحشة مبينة، فإن فعلن فـاهجروهن في المضاجع، و اضربوهن ضربًا غير مبرح فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً ★ [244].

242 - بدران أبو العينين بدران - الفقه المقارن للأحوال الشخصية – مرجع سابق، ص 276 و ما بعدها.

243 - بدران أبو العينين بدران - الفقه المقارن للأحوال الشخصية – نفس المرجع، ص 277.

244 - د/ فتحي الدريني – نظرية التعسف في استعمال الحق - مرجع سابق ،ص 254 .

1 – بدران أبو العينين بدران - الفقه المقارن للأحوال الشخصية- مرجع سابق ، ص 278 .

فالشريعة الإسلامية حددت موضع إستعمال هذا الحق وهو النشوز، والنشوز هو الترفـع عـن الطاعة، وجاء في لسان العرب، النـّشْز و النَّشَزَ ( بإسكان الشين وفتحها ) المتن الرتفع من الأرض[245]. وقال الفقهاء هو كل معصية لم يرد في شأنا حد مقرر[246]، وهو معصية الزوج فيما فرض الله عليها من طاعته.

فحق التأديب غايته تذيب و تقويم و إصلاح الزوجة، فإذا ابتغى بفعله غير ذلك أصـبح فعلـه تعسفا غير مشروع لانحرافه بذا الحق عن الغاية التي شرع من أجلها، وذلك كأن يريد به الانتقـام، أو التعبير عن كراهيته، ويريد حملها على معصية. فلا طاعة لمخلوق في معصية الخالق، وعندما يكون الزوج متعدياً وثبت ذلك، للزوجة حق رفع الأمر للقاضي، خاصةً إذا هجرها في المضجع للضغط عليها علـى معصية، أو لمدة أكثر من أربعة أشهر متواصلة متصلة غير منقطعة، و هنا يفقد التأديب غايتـه ومعنـاه الإنساني، إلا إذا كان ذلك لسبب قاهر، كأن يهجرها لعذر شرعي أو مبرر قانوني أو بسـبب معقـول كالخدمة العسكرية مثلاً أو القيام بوظيفة [247] إلى غير ذلك.

إذن لا حق لها في طلب التطليق للهجر، إذا كان بغرض التأديب فدعواها أصلا لا تسـمع، إلا عند التعسف و القصد هو الإضرار با.

و في هذا يقول الأستاذ الدكتور فتحي الدريني : "هكذا ينص الفقهاء، على أن الحـق وسـيلة شرعية لغاية معينة فلا يجوز استعمالها في غير غايتها، أي لتحقيق مصلحة غير مشروعة، لأن ذلك يناقض قصد الشارع من تشريعه هذا الحق، ومناقضة الشرع بـاطلة، فما يؤدي إليها باطل و لا نعني بالتعسف إلا هذا ..." [248].

هكذا نخلص إلى أن الهجر المشروع هو الذي يتصف بما يلي:

1- أنه لا يتجاوز الأربعة أشهر و لو بيوم واحد، حتى يتعذر تطبيق نص المادة 53 الفقرة 3 التي جاء فيها الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر، فالهجر لأكثر من هذه المدة يخرج هذا الحق عن حـدوده والـزوج يصبح متعسفًا، و الهـجر يفقد قيمته العلاجية و التقويمية، و يصبح ظالـمًا يستوجب تدخل القاضـي

---

[245]- إبن منظور -لسان العرب- الجزء السادس- مرجع سابق، ص 4425.

[246] - د/ فتحي الدريني – نظرية التعسف في استعمال الحق- مرجع سابق ، ص 254 .

[3]– بدران أبو العينين بدران - الفقه المقارن للأحوال الشخصية - مرجع سابق ، ص 278.

[247] - العربي بلحاج -شرح قانون الأسرة الجزائري- مرجع سابق، ص 289.

[248] - د/ فتحي الدريني – نظرية التعسف في استعمال الحق- مرجع سابق، ص 256.

لرفعه بتطليق الزوجة [249]. وقد ذهبت محكمة النقض المصرية إلى ذلك بقولها : " للزوجـة أن تطلـب التفريق إذا ضارها الزوج بأي نوع من أنواع الإيذاء المتعمد، هجر الزوج زوجته ومنها ما تـدعو إليـه الحاجة الجنسية كافٍ وحده للحكم بالتفريق "[250].

- كما أن تماطل الزوج في إرجاع زوجته إلى بيت الزوجية، يمكن اعتباره نوع من أنواع الهجـر يحـق بموجبه للزوجة طلب التطليق [251].

2- أن يكون الهجر تعبيرًا عن غضب الزوج من سلوك زوجته، التي تكون قد ارتكبت عمـلاً فاحشًـا يستوجب تأديبها بذا النوع من الأساليب.

**المطلب الثاني – الهجر في المضجع و الايلاء :**

قاعدة شرعية دينية إسلامية معروفة بالايلاء، ذكرها القرآن الكريم في قوله تعالى: { لِلذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِن اللهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ، وَإِنْ عَزَمُوا الطلاقَ فَإِن اللهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ } [252].

إن التسـاؤل الذي يثور هو ما هو سبب إغفال المشرع الجزائري في قانون الأسرة عن ذكر هذه القاعدة الشرعية –الايلاء – رغم كثرة حدوثه بين الناس لدواعيه المتعددة ؟ [253].

هل أهمل المشرع هذه القاعدة لأنه رآها يمينا معلقة على شرط فأبعدها ليضيق من نسبة الطـلاق فـي التمع عن طريق التقليل من أسبابه [254] ؟. و مهما كان الأمر فذلك لا يتم على حساب قاعـدة

249 - العربي بلحاج -شرح قانون الأسرة الجزائري- مرجع سابق ، ص 299.

250- طعن رقم 163 لسنة 59 ق "أحوال شخصية" جلسة 19-05-1992. البكري محمد عزمي –موسوعة الفقه و القضاء - مرجع سابق، ص 842.

251- م.ع غ.أ.ش – ملف رقم 50519 في 26-09-1988- م.ق لعام 1992 العدد 2 – ص 48.

252 - الآيتين226 – 227 من سورة البقرة.

253 - فضيل سعد -شرح قانون الأسرة الجزائري "الزواج والطلاق"- مرجع سابق. ص 272

شرعية جعلها الله سبحانه و تعالى تعالج أحوالاً خاصة، و بالتالي فإن إهمالها لا يعني عدم حصولها، كمـا أن ذكرها بنص تشريعي لا يعني حدوثها باستمرار .

أم أن المشرع الجزائري لم يذكرها لاعتبارها نوعاً من أنواع اليمين تخضـع لأحكـام الشـريعة الإسلامية، و المشرع الجزائري نص على تطبيقها بشكل غير مباشر من خلال نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري، التي تقضي بأن كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية" .

ومن هنا حاول المشرع الجزائري إبعاد الايلاء من نصوص قانون الأسرة الجزائري تضيقاً لدائرة الطلاق، وتخفيضاً لنسبة تطوره عن طريق التقليل من أسبابه، ولقد نص العلماء على أن الحلف باليمين أو الحرام لا يقع به الطلاق. و أن الطلاق المعلق على فعل شيء أو تركه لا يقع، وإن الطلاق المقترن يحدد لفظًا أو إشارة أو كتابة لا تقع إلا واحدًا، و هو ما جاء في المواد 50-51-52 من القانون

المغربي و تقضي به المادة 30 من القانون التونسي و التي تقول بأن الطلاق لا يقع إلا لدى المحكمـة، أي أنه يخضع لإشراف القضاء. وهو ما جاءت به المادة 49 من قانون الأسرة الجزائري أيضاً بقولها لا يثبـت الطلاق إلا بحكم ...".

و قد اشترطت المحكمة العليا في إحدى قرارتا بأنه يجب أن يكون الطلاق منجزًا، غير معلق على شرط، و لا مضاف إلى المستقبل، ويكون بذلك باللفظ الصريح الذي يفهم منه أن الزوج طلق زوجتـه .[255]

و الضرورة تقتضي الكلام عن الايلاء باختصار حتى يتضح الفرق بينه و بين الهجر في المضجع المنصوص عليه في المادة 53 فقرة 3 من ق.أ.ج، حتى لا تختلط الأمور، ما دامت مدة كل منهمَا أربعة أشـهر [256].
وعليه فنتطرق للايلاء بشكل مختصر.

## الفرع الأول- الايلاء : المفهوم والأركان :

---

[254] - جاء في مضمون الرد الذي تدخل به ممثل الحكومة أمام النواب، أثناء مناقشة نصوص هذا القانون، "الايلاء من الطلاق المعلـق على شرط ، و الذي حاول المشرع الجزائري أن يبعده من نصوص القانون، بحجة انه بدعة مثله في ذلك مثل الطلاق الـثلاث بلفـظ واحد و الحلف بالطلاق وذلك تأثراً لفتوى الشيخ شلتوت ".
- أنظر الجريدة الرسمية للمجلس الشعبي الوطني عدد 48 بتاريخ 10 ماي 1984، الفترة التشريعية الثانية .

[255] - المحكمة العليا –الغرفة المدنية- 27 مارس 1968، مجموعة الأحكام القضائية وزارة العدل جزء 1 ص 24 مكرر.

[256] - بلحاج العربي - شرح قانون الأسرة الجزائري – مرجع سابق ص 279 و ما بعدها.

**أ- المفهوم :**

- **الايلاء** : الأصل فيه قوله سبحانه وتعالى { لِلذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِن اللَهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ، وَإِنْ عَزَمُوا الطلاقَ فَإِن اللَهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ }[257].

- **والايلاء** هو أن يحلف الرجل أن لا يطأ زوجته، إما لمدة هي أكثر من أربعة أشهر أو أربعة أشهر[258].

- **لغة** : الايلاء حلف أو الامتناع باليمين.

- **شرعاً** : هو المشار إليه في الآية ، حلف الزوج المسلم المكلف الممكن وطؤه[259] و يستوي في ذلك اليمين بالله ، والصوم، والصدقة، و الحج، و الطلاق.

وقد كان الايلاء في الجاهلية طلاقاً ، وكان يستخدمه العرب بقصد الإضرار بالزوجة عن طريق الحلف بترك قربانا السنة فأكثر، ثم يكرر الحلف بانتهاء المدة.

و لما جاء الإسلام جعله يميناً، فإذا حلف الرجل أن لا يطأ زوجته كان ظالما و ضارًا بها مما لا تحتمله الحياة الزوجية التي تقوم على التعاطف و المحبة و المودة، و لأن أغراض الزواج لا تتحقق مع هجر الزوج لزوجته، و لذا شرع الله أحكام الايلاء لإنصاف المرأة المظلومة من هذا التعسف، فأوجب على الزوج أن يعود إلى زوجته بعد أن يكفر عن يمينه، ليستأنف حياته الزوجية.

**ب- الأركان**: لأبد في الايلاء من توفر الأركان التالية: حالف- محلوف به – محلوف عليه، زوجة صيغة، مدة.

1- الحالف : يصح الايلاء من كل زوج يصح طلاقه عند الأحناف، و المولى عند المالكية هو كل زوج مسلم عاقل بالغ يتصور منه الوقاع، حرًا كان أو عبدًا، صحيحًا كان أو مربطًا [260].

2- محلوف به : ينعقد الايلاء بكل يمين طالما يعبر عن إرادة الزوج بهذا الشيء .

و المحلوف به هو الله تعالى وصفاته بالاتفاق [261]. و التعليق على شرط، فمن امتنع عن قربان زوجته مدة سنة أو اكثر دون يمين لا يكون موليا لأن الايلاء يمين، واليمين تصرف قولي فلابد من التلفظ [262].

---

[257] - الآيتين 226- 227 من سورة البقرة.

[258] - الإمام ابن رشد - بداية المجتهد و نهاية المقتصد- الجزء الثاني – مرجع سابق .ص 98 .

[259] - الشرح الصغير–الإمام سيدي أحمد الدردير، على مختصره المسمى : " أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك " – الجزء 2 – نقلا عن طبعة الإدارة المركزية للمعاهد الأزهرية مؤسسة العصمة الإسلامية وزارة الشؤون الدينية الجزائر.ص 179

[260] - وهبة الزحيلي -الفقه الإسلامي وأدلته - مرجع سابق ، ص 540.

وقال مالك يعتبر إيلاء تترتب عليه أثاره وأحكامه لأن فيه اضرر بالزوجة سواءً أكان بـيمين أم بـدون يمين[263].

3- المحلوف عليه : إن المحلوف عليه في الايلاء هو عدم قربان الزوج لزوجته أكان في ذلـك مصـلحة للزوج أم للزوجة أم لم تكن، فالمقصود هو الجماع و بكل لفض يقتضي ذلك مثل: لا جامعتـكِ و لا اغتسلت منكِ، ولا دنوت منكِ، وشبه ذلك من الألفاظ الصريحة و الكناية [264].

4- الزوجة : يشترط في المولى منها أن تكون زوجة للمولى، لقوله تعالى {لِلذِينَ يُؤْلُونَ مِـنْ نِسَـائِهِمْ تَربصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ } و لأن غير الزوجة لا حق لها في وطئه فلا يكون موليا منها كالأجنبيـة، ويصـح الايلاء بالاتـفاق مـن المـطلقة الرجعية في العدة لأنها في حكم الزوجة يلحقها الطـلاق، فيلحقهـا الايلاء [265].

5- الصيغة : ينعقد الايلاء بكل لفظ صريح يدل على عدم قربان الزوج زوجته، أما اللفظ الكنائي فيعقد به الايلاء مع النية.

6- المدة : يقع الايلاء إذا حلف الزوج ألا يطأ و يجامع زوجته أربعة أشهر أو أكثر [266]، حسـب رأي جمهور الفقهاء غير الحنفية، وفي رأي الأحناف أقل المدة أربعة أشهر، فلو حلف على ثلاثة أشهر أو أربعة لم يكن موليا عند الجمهور، و يكون عند الحنفية موليا قي أربعة أشهر، وليس مولّيا في أقل من أربعـة أشهر.

وسبب اختلافهم يرجع إلى اختلافهم في الفيء، و هو الرجوع إلى قربان الزوجة هل يكون قبل مضـي الأربعة أشهر أو يكون بعد مضيها؟.

- الحنفية قالوا : يكون الفيء قبل مضيها فتكون مدة الايلاء أربعة أشهر.

- الجمهور قالوا : الفيء بعد مضيها فتكون مدة الايلاء أزيد من أربعة أشهر، وهذا ما أخذ به المشـرع الجزائري يقوله في المادة 53 الفقرة 2 "الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر" و ليس بتمامها غير أن تمامها

---

261 - محمد عزمي البكري - موسوعة الفقه و القضاء في الأحوال الشخصية - مرجع سابق ص 99 و ما بعدها.

262 - بدران أبو العينين بدران - الفقه المقارن للأحوال الشخصية – مرجع سابق ص 415.

263 - الإمام ابن رشد - بداية المجتهد و نهاية المقتصد- الجزء الثاني – مرجع سابق. ص 100.

264 - وهبة الزحيلي -الفقه الإسلامي وأدلته – نفس المرجع ، ص 541 .

5 – محمد عزمي البكري - موسوعة الفقه و القضاء في الأحوال الشخصية - مرجع سابق، ص 100.

265 - وهبة الزحيلي -الفقه الإسلامي وأدلته - مرجع سابق ، ص 544.

266 - الإمام ابن رشد - بداية المجتهد و نهاية المقتصد- الجزء الثاني – مرجع سابق .ص 61.

يمثل اكتمال النصاب الذي يسمح للزوجة برفع دعوى التطليق و أثبتت الهجر طلقها القاضي متى طلبت ذلك، و لو عارض زوجها وهي طلقة رجعية، وذاك هو الراجح والمعقول لأنه أوفق بالمصلحة، و فيـه وقت متسع للتفكير في موضوع فصم العري الزوجية، إذن رفع الزوجة شكواها للقاضي، يتيح فرصـة للزوج يفكر فيها لعله يستأنف حياته الزوجية دون طلاق.

والطلاق بالايلاء رجعي في قانون الأسرة الجزائري طبقا لنص المادة 48 التي قالت "ويتم الطلاق بحكم القاضي وفقا لما جاء في المادتين 53-54 من هذا القانون، ولما كان الهجر في المضجع من الصـور التي ذكرتا المادة 53 من ق.أج كان رجعيا و هذا هو الأصل في الطلاق الذي يكون رجعياً إلا

ما أبانه الشارع الحكيم فيما كان الطلاق بسبب الايلاء أو بغيره بحكم القاضي و لأول مرة فهو طـلاق رجعي فإذا كان الثاني أو الثالث فإنه يكون بائنًا [267] بينونة صغرى أو كبرى بالترتيب.

**الفرع الثاني - شروط الايلاء وحكمه :**

**أ- شروط الايلاء :**

1- أن يحلف الرجل بالله أو بصفة من صفاته كأن يقول "والله، أو أقسم بالله، أو برب الخالق ..." أما إن قال ورأس أبي أو حق سيدي فلان ... فهذا لا يكون ايلاء، لأنه ليس يمينًا إطلاقاً.

إذن يقسم بالرحمان أو برب العالمين ألا يطأ زوجته أربعة أشهر، أو يحلف عنـد المالكيـة و الشـافعية والحنفية على ترك الوطأ بطلاق أو عتاق، أو نذر صدقة مال أرجح، كأن يقول "إن وطأتك و لله علـي صوم ، أو حج أو عمرة... [268].

2- أن يحلف على مدة لا تقل عن أربعة أشهر فإن قلت فلا يطالب بشيء بالاتفاق [269].

3- أن يكون الرجل مؤهلاً وقت اليمين، فلو كان مجنوناً أو معتوها فلا إرادة له، وبالتالي لا قصـد ولا أثر، و ينتفي القول بإلزامه بأي شيء، لعدم اعتبار القانون هذا التصرف ( المادة 85 من قانون الأسـرة الجزائري) " تعتبر تصرفات المنون والمعتوه و السفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العتـه أو السفه ".

---

267 - فضيل سعد -شرح قانون الأسرة الجزائري "الزواج والطلاق"- مرجع سابق. ص 284.

268 - وهبة الزحيلي – الفقه الاسلامي و أدلته- مرجع سابق ص 543.

269 - فضيل سعد -شرح قانون الأسرة الجزائري "الزواج والطلاق"- نفس المرجع. ص 285.

وقد جاء في الشرح الصغير: " الايلاء حلف الزوج المسلم المكلف الممكن وطؤه بما يدل على ترك وطأ زوجته أكثر من أربعة أشهر فيخرج الكافر و الصبي و المجنون و المجبوب و الخصي أي مقطوع الذكر، والشيخ الفاني..." [270].

4- أن تكون المرأة محلاً للطلاق، فمن آل من مطلقته طلاقاً بائنا لم يتحقق منه الايلاء، فإن كانت مطلقة طلاقاً رجعيا كان مولياً، وبمعنى أخر أنه لابد من قيام رابطة الزوجية بين المولي منها حقيقة

أو حكماً أي في طلاق رجعي، حيث يصح الايلاء بالإتفاق من المطلقة الرجعية في العدة لأنها في حكم الزوجة يلحقها الطلاق فيلحقها الايلاء [271].

هذه هي الشروط العامة باختصار عند جمهور الفقهاء غير الحنفية [272].

**ب- حكم الايلاء** : الهجر لمدة أربعة أشهر موجب للطلاق، وأن الشخص يمتنع عن قربان زوجته بعد أن يكون قد ألزم نفسه بأمر معين سواء كان القيام بعمل، أو الامتناع عن عمل، سواء كان عينًا كأن يقول : علي صدقة مئة مليون دينار جزائري إن قاربت زوجتي قبل أربعة أشهر، و سواءً إن قال علي صوم سنة إن فعلت ذلك، وهو بعد أن يعزم على ذلك، مع اسم الله أو صفة من صفاته، يكون موليًا، وحكمه عند الأحناف يتفرع إلى حكم أُخروي، و هو الإثم إن لم يفئ إليها ، لقوله تعالى [فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ]. و حكم دنيوي و به أمران حكم الحنث، و حكم البر.

**الحالة الأولى**: أنه لا يكمل المدة التي أيلا عنها فيعود إلى زوجته قبل أن تمر الأشهر الأربعة فيكون حانثاً أي غير موفي بيمينه و ما عزم عليه، وهنا يجب أن يكفر عن يمينه بحسب ما ألزم به نفسه، فإن كان قد حلف بالله أو بصفة من صفاته لزمته كفارة اليمين، و هي إطعام عشرة مساكين وكسوتهم، أو تحرير رقبة فإن لم يجد فصيام ثلاثة أيام، وذلك ما أمر به الله تعالى في القرآن الكريم في الآية [ لا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ] [273]. وكذلك لقوله ε ☉ من حلف على يمين فرأى في غيرها خيرًا منها فاليُكفِر عن يمينه وليأت الذي

---

[270] - الشرح الصغير الإمام سيدي أحمد الدردير على مختصره "أقرب المالك إلى مذهب الإمام مالك"مرجع سابق. ص 179

[271] - وهبة الزحيلي –الفقه الإسلامي و أدلته – مرجع سابق.ص 543.

[272] - الإمام ابن رشد - بداية المجتهد و نهاية المقتصد- الجزء الثاني – مرجع سابق .ص 100 و ما بعدها.

[273] - جزء من الآية 89 من سورة المائدة.

هو خير★ [274]. هذا إذا كان حالفًا بالله فإن ألزم نفسه بأداء عمل معين كدفع أموال أو قيام بعبادة صوم أو حج التزم با ليؤديها بعد أن حنث في يمينه.

ونلاحظ في هذه الحالة الأولى ترتب أمرين هامين هما :

1- أداء ما ألزم به نفسه سواء كان شخصيا أو عيناً.

2- إن عودته إلى زوجته قبل مرور الأشهر الأربعة يسقط حقها في رفع دعوى التطليق لعـدم اكتمـال النصاب القانوني الذي هو المدة.

**الحالة الثانية** : عندما يوفي بيمينه و يبلغ مدة أربعة أشهر و يكون قد أتم ما عزم عليه فيكون طائعًـا في يمينه موفيا به.

و إن مضت المدة ولم يفئ الزوج لا في أثنائها و لا بعـدها -حسـب الأئمـة الثلاثـة -دون الأحناف- ورفعت الزوجة الأمر إلى القاضي، فعلى القاضي أن يخيره بين أمرين، إما الرجوع إلى الزوجة أو الطلاق، فإن قارب زوجته فلا شيء عليه وانتهى الايلاء، و إن لم يقاربا طلقها عليه القاضي طلقـة رجعية [275]، حسب جمهور الفقهاء ماعدا الأحناف كما تقدمت الإشارة إلى ذلك.

مع الملاحظة أن عودة الرجل إلى زوجته بعد مضي مدة الأربعة أشهر يكون بإحدى الطرقتين:

1- طريقة الفعل وهي المضاجعة، و المخالطة الجنسية عن قصد ونية إسقاط الايلاء وبالتـالي اسـتمرار الرابطة الزوجية وبقائها قائمة شرعاً بلا خلاف بين الفقهاء.

2- طريقة القول و هو رأي مالك حيث قال بصحة الرجوع و الفيء بالقول من العاجز بسبب مرض أو حبس و أي مانع من الجماع [276]، و بمفهوم المخالفة حسب هذا الرأي فإن الفيء بالقول لا يصح مـن الصحيح القادر على الجماع و المعاشرة الجنسية.

هكذا وفي ختام حديثنا عن الايلاء نلاحظ أن حرمة الايلاء ناشئة من أنه إضرار بالزوجة بسبب هجرها وترك ما هو من لوازم الطباع البشرية، و السبب في بقاء النوع الإنساني، وحرمان الزوجة مـن حق الاستمتاع الذي هو سبيل إلى الذرية، و إشعار للزوجة بكراهية الزوج لها بانصرافه عنها[277]، وهجر فراش الزوجية ورفعاً للضرر ودفعا للظلم الواقع على الزوجة فإن الزوج المولي بعد المدة مدة أربعة أشهر-

[274] - محمد عزمي البكري - موسوعة الفقه و القضاء في الأحوال الشخصية - مرجع سابق ص 239.

[275] - بدران أبو العينين بدران - الفقه المقارن للأحوال الشخصية – مرجع سابق ص 418.

[276] - فضيل سعد -شرح قانون الأسرة الجزائري "الزواج والطلاق"- مرجع سابق. ص 286.

[277] - بدران أبو العينين بدران - الفقه المقارن للأحوال الشخصية – مرجع سابق ص 414.

إما أن يعود إلى زوجته و تعود الأمور إلى ما كانت عليه في السابق، وإما أن يطلق عليه القاضي حتى لا َتبقي الزوجة كالمعلقة لا هي متزوجة فتحصل على حقوقها و لا هي حرة مطلقة فتبحث عن زوج لها، مثلما كان الأمر شائعًا عند عرب الجاهلية حيث كان الغرض هو إيذاء الزوجات و الإضرار بن، و قد تقضي الزوجة طوال عمرها كالمعلقة. حتى جاء الإسلام و نظم هذا الأمر حيـث أوقع الإثم على الزوج في الآخـرة إن لم يعـد إلى زوجته، أو يطلق بعد مضي المدة. وإذا رفض طلـق عليه القاضي بعد طلب منها، و الطلقة رجعية مثلما هو الأمر في قانون الأسرة الجزائري و معمول به في مصر و سوريا [278].

هذا باختصار شديد عن الايلاء ، لأن الهدف هو الوصول إلى مدى حق المرأة في طلب التطليـق للضرر المترتب عن الهجر في المضجع، و لذلك تفاديت الكثير من التفصيلات حول موضوع الايلاء.

## المطلب الثالث : التطليق بسبب الهجر في المضجع في قانون الأسرة :

### الفرع الأول- مدلول الهجر في المضجع حسب ق.أ.ج:

لقد سبق و أن أشرنا إلى أن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 53 الفقرة 3 من قانون الأسرة الجزائري قد جعل الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر من ضمن الأسباب المبررة لطلب الزوجة التطليـق من القاضي باعتبار القاضي صاحب الولاية العامة التي جعلها له الشرع، و بالتالي فليس في الأصل للزوج أن يستبد في معاشرة زوجته، أو يمنعها حقًا مخولاً لها من قبل الشرع، أو يضرها بما لا تحمل الإقامة معه، ذلك أنه للزوجة طلب التطليق منعًا للضرر حسب تعبير المحكمة العليا [279].

والمقصود بالهجر هو أن يدير الزوج ظهره لزوجته في الفراش، ولا يهتم با الاهتمام المطلوب منه كزوج، فلا يعتبرها زوجة بجانبه و قد يغادر فراش الزوجة أو غرفة نوم الزوجة إلى غرفـة أو فـراش أو م ل أخر، ويتركها عن قصد و دون سبب شرعي، و ذلك لمدة تزيد عن مدة أربعة أشهر حسب تعبير المشرع ... "الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر" ويقصد الزوج تجاه زوجته من زواجه هذا الإضرار با و تعذيبًا لها فتتضرر أيما ضرر.

أما إن كان الهجر لسبب مشروع و مبرر معقول كأن يكون بدف التأديب من طرف الزوج فلا يحق للزوجة طلب التطليق، إذا كان هذا الهجر يتوفر على الأوصاف التالية:

---

[278] - وهبة الزحيلي -الفقه الإسلامي وأدلته - مرجع سابق ، ص 555.

[279] - المحكمة العليا – غرفة القانون الخاص 12-1-71 : النشرة القضائية 1972 عدد 2 ص 61 .

1- أن يكون الهجر تعبيراً عن غضب الزوج من سلوك زوجته و تصرفاتا التي تكون فاحشـة و غـير صائبة يستوجب الأمر تقويم سيرتا بالموعظة الحسنة، أولاً و بالهجر في المضجع تأديبًا لها حتى تعـود إلى رشدها.

2- أنه هجر لا يتجاوز الأربعة أشهر ولو ليوم واحد حتى يتعذر تطبيق نص المادة 53 الفقرة 3 التي جاء فيها "الهجر في المضجع فوقف أربعة أشهر" وهي المدة القصوى التي ينفذ فيها صبر الزوجة على زوجها وهي الحقيقة التي أقرت با واحدة من أمهات المؤمنين رضي الله عنها وهي حفصة بنت عمر بن الخطاب عندما سألها عمر فقال " أي بنية لم تصبر المرأة عن زوجها ؟ فقالت شهرًا أو اثنين وثلاثة في الرابع ينفذ الصبر... [280]، وهذا القول يطابق التشريع الرباني للنفس البشرية المنصوص عليه في الآية وهـي مـدة تسمح للزوجة بالانحراف فجعل عمر بن الخطاب أقصى مدة لغياب الزوج عن زوجته أربع أشهر.

ومن جهة أخرى فإنه لا يجب للزوج أن يتعسف في استعمال هذا الحق و إلا فتح المال أمـام الزوجـة لطلب التطليق حسب ما تقدم.

وتـجدر الإشارة أنه إذا وقع الهجر المتعدد أي لعدة مرات، وفي أوقات مختلفة و متفرقة، أو أنه وقع لمرض أو لـعذر شرعـي مثل أن يكون هجـر فراش الزوجة قد وقع بسبب وجود الزوج

في المستشفى للعلاج، أو بسبب وجوده بمكان آخر من اجل القيام بوظيفة، أو بـأداء الخدمـة الوطنية العسكرية، أو أن الهجر وقع من أجل البحث عن مصادر الرزق الحلال، و العمل بعيداً، وغـير ذلك من مثل هذه الحالات، فالاعتقاد أن القانون لا يسمح للزوجة بطلب التفريق، أو التطليق بسـبب

---

280 - فضيل سعد -شرح قانون الأسرة الجزائري "الزواج والطلاق"- مرجع سابق. ص 281 و ما بعدها : خرج عمر بن الخطاب ذات ليلة ليعس في المدينة فسمع امرأة من زوجات الجنود الذين كانوا ينقطعون عن زوجاتم لمدة غير محددة فسمعها تقول :

تطـاول هـذا الليـل واخـضل جـانـبه و أرقـمـنـي أن لا خـلـيـل ألاعـبـه

و اللـه لـو لا اللـه لا رب غـيـره لحـرك مـن هـذا الـسـريـر جـوانـبـه

ثم تنفست الصعداء وقالت : لهان علي عمر بن الخطاب وحشتي وغيبة زوجي عني، فأرسل عمر يستدعي زوجها من ميدان القتال ثم دخل على حفصة أم المؤمنين ( إبنته ) فقال : أي بنية ؟ كم تصبر المرأة على زوجها؟ فقالت شهرًا أو اثنين وثلاثة وفي الرابـع ينفـذ الصبر ...

وهذا القول يطابق التشريع الرباني للنفس البشرية المنصوص عليه في الآية القرآنية الكريمة { لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ، وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ } الآيتين 226 - 227 من سورة البقرة.

وهي مدة تسمح للزوجة بالانحراف، فجعل عمر بن الخطاب أقصى مدة لغياب الزوج عن زوجته أربعة أشهر.

الهجر في المضجع لأن المبرر شرعي والسبب معقول ونية الإضرار غير موجودة و لو تجاوزت المدة أربعة أشهر [281] والمحكمة لا يجوز لها أن تصدر حكمًا بتطليقها.

**الفرع الثاني – شروط التطليق للهجر في المضجع في قانون الأسرة :**

انطلاقا مما تقدم فإن الزوجة التي يهجرها زوجها، و تريد أن تلجأ إلى القضاء لتطلـب الحكـم بتطليقها منه يجب أن تتوفر ثلاثة شروط أساسية هي :

1- **الشرط الأول** : و يمثل العنصر المادي و السلوك اللاشرعي، المتمثل في الهجر الحقيقي دون سـبب شرعي مقبول و معقول، بحيث يهجر الزوجة ويترك فراش الزوجية ويدير لها ظهره ولا يعاملها معاملـة الأزواج، بل ينصرف عنها ويهمل وجودها بجانبه مما يضر ضرراً فاحشًا بالزوجة، و هو أمر يـ ل علـى الكثير من النساء كالصاعقة خاصة اللواتي لا يقدرن على مفارقة أزوجهن لمدة طويلة.

2- **الشرط الثاني** : ويمثل العنصر الزمني المتمثل في مدة أربعة أشهر متتالية متواصلة غير متقطعة، ولا يقع بين الشهر والأخر أي اتصال بين الزوجين [282]، وبعد مضي مدة الأربعة أشهر يمكن للزوجة التفكير في رفع دعوى قضائية ضد زوجها طالبة من القضاء الحكم لها بالتطليق، و ذلك ما يتضح جليا وصراحة من خلال نفس المادة 53 الفقرة 3 بقولها " الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر " معنى ذلك يجب على الزوجة إثبات ذلك بكل طرق الإثبات، و في حالة مرور شهرين مثلاً وحدث اتصال بينهما، ثم عاد الزوج إلى الهجر هنا في هذه الحالة لا حق لها في رفع دعوى التطليق لهذا السبب إلا ببلوغ المدة المحـددة، أربعـة أشهر، لأنا المدة التي يتأكد خلالها وبعدها تضرر الزوجة و نفاذ صبرها عند فقـدان إحـدى أقـدس حقوقها الزوجية الأساسية و الجوهرية وهي حق التمتع الجنسي، وللولد وحفظ النسل بالذرية، وذاك هو المقصود من الزواج.

3- **الشرط الثالث** : و يتمثل في العنصر المعنوي، المتمثل في توفر نية الإضرار بالزوجة، وليس في نيتـه الإصلاح و التأديب الذي تعود فائدته على أحدهما أو عليهما و على الحياة الزوجية مثلما هو الأمـر في موضوع التأديب السابق ذكره.

فالمقصود هو الهجر العمدي المقصود لذاته نكاية بالزوجة، و تعذيباً لها، و ليس له ما يبرره لا شرعًا ولا قانونًا.

---

[281] - عبد العزيز سعد – الزواج والطلاق في ق.أ.ج - مرجع سابق ص 263.

[282] - عبد العزيز سعد – الزواج والطلاق في ق.أ.ج – نفس المرجع، ص 263 و ما بعدها .

و معنى ذلك مثلما تقدم أن الزوج يهجر الفراش بسبب العمل في مكان بعيد، أو بسبب الخدمة الوطنية، وقد يهجر لمرض يعالجه في المستشفى أو لمرض أو ضعف جنسي، و كان يعالجه سرياً على زوجته لحاجة في نفسه، و في كل هذه الحالات على الزوج فقط أن يعلن عن سبب الامتناع عن معاشرة زوجته و ترى المحكمة أن العذر مقبول و المبرر معقول، تأمر الزوجة بالصبر حتى يزول السبب أو المرض [283].

أما إذا رأت المحكمة أنه مهمل، لزوجته أمرته بالعودة إليها، فإن لم يفعل و مرت الأربعة اشهر طلقها القاضي عليه لأنه ظلم للزوجة و الظلم يجب رفعه.

* تلك هي الشروط الأساسية، التي يجب على القاضي التأكد من توفرها ،حتى يتمكن من التطبيق السليم للفقرة الثالثة من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، عندما تعرض عليه أية دعوى تتضمن طلب الحكم بالتفريق أو التطليق بين الزوجة و زوجها .

و إذا غاب عنصر واحد، سواءً العنصر المادي أو المعنوي أو الزمني، و لم تجتمع العناصر الثلاثة لا يجوز للمحكمة أن تحكم للزوجة بالتطليق [284].

* بالإضافة إلى ما تقدم لا يجب الخلط بين الهجر في المضجع كسبب قانوني من الأسباب التي يمنح للزوجة حق التطليق بإرادتها المنفردة، وهو هجر متعمد بدون مبرر شرعي، أو قانوني و يهدف إلى الإضرار بالزوجة و النكاية بها فقط، وفي الشريعة الإسلامية معروف المبدأ الوارد في الحديث الشريف " لا ضرر و لا ضرار" إذاً الضرر هو المفسدة فإذا نفاها الشرع لزم إثبات النفع الذي هو المصلحة [285]، وبين الهجر الذي ورد النص عليه في الآية رقم 33 من سورة النساء في قوله تعالى [ وَاللاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُن فَعِظُوهُن وَاهْجُرُوهُن فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُن فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلا تَبْغُوا عَلَيْهِن سَبِيلا إِن اللهَ كَانَ عَلِيا كَبِيراً ] [286].

الهجر الوارد في الآية هدفه التأديب ورفع الضرر، الذي قد يمس الزوجة من جراء تصرفاتها الحمقاء، ويدخل مثلما تقدم في إطار الحقوق الشرعية للزوج على زوجته، و لا تجوز أن يضار شخص

283 - فضيل سعد -شرح قانون الأسرة الجزائري "الزواج والطلاق"- مرجع سابق. ص 285.

284 - عبد العزيز سعد – الزواج والطلاق في ق.أ.ج - مرجع سابق ص 265.

285 - العلامة محمد تقي الحكيم – الأصول العامة للفقه المقارن – الطبعة الثانية –1979 – دار الأندلس للطباعة و النشر و التوزيع بيروت ص 391.

286 - الآية 34 من سورة النساء.

بسبب استعمال حقه الشرعي و القانوني، إلا إذا تعسف في استعماله وتتـجاوز حدود هذا الحق المقرر له، والأمر إن ما تجاوز حده إنقلب إلى ضده.

**الفرع الثالث – أوجه الاتفاق والاختلاف** بين **الهجر والايلاء** :

إن الهجر في المضجع الوارد في ق.أ.ج كسبب من الأسباب التي تمنح الزوجة حق طلب التطليق أو التفريق يتفق مع الايلاء الوارد في القرآن الكريم و الفقه الإسلامي في عدة أوجه و أمور، كما يختلف معه في عدة أحكام أخرى يمكن حصرها باختصار فيما يلي:

**أ- أوجه الاتفاق** :

1- ترك وطأ الزوجة و عدم معاشرتا جنسيا في كلتا الحالتين.

2- مدة كل حالة هي أربعة أشهر و ما فوق حسب قانون الأسرة الجزائري ، و حسـب رأي مالـك والشافعي و ابن حنبل.

3- الزوجة في كلتا الحالتين يلحقها ضرر بالغ بسبب الهجر، حيث تحرم من حق أساسي تملكه بموجـب عقد الزواج.

**ب- أوجه الاختلاف** :

1- إن الايلاء يمين أو قسم على عدم الاقتراب من الزوجة وترك جماعها، مثلما تقدم و قد جاء عن ابن عمر رضي الله عنه قوله في الايلاء الذي سمى الله: لا تُحل لأحد بعد الأجل إلا أن يمسك بالمعروف، أو يعزم بالطلاق كما أمر الله عز وجل[287].

أما الهجر في المضجع المشار إليه في قانون الأسرة لجزائري لا يفيد هذا المعنى بل هو هجر بدون قسم أو حلف.

2- يشترط لقيام الايلاء أن يكون هدفه الإضرار بالزوجة، أما إذا كان الهدف منه الإصلاح والتأديـب مثل أن يحلف أن لا يعاشر زوجته حتى تشفى، و إذا كانت حاملاً حتى تلد، فلا ايلاء في هذه الحـالات لانتفاء نية الإضرار بالزوجة.

أما الهجر في المضجع الوارد في ق.أ.ج ولمدة تفوق أربعة أشهر فإنه لا يشترط توفر نية الإضرار بالزوجة لدى الزوج[288]،بل يجوز للزوجة طلب التطليق بوجود الهجر الحقيقي و لمدة أكثر من أربعـة

[287] - صحيح البخاري : بحاشية السندي –المجلد الثاني – ص 276 –دار الكتاب المصري- دار الكتاب اللبناني.

[288] - عبد العزيز سعد – الزواج والطلاق في ق.أ.ج - مرجع سابق ص 265.

أشهر ولكن إذا هجرها زوجها بدون مبرر شرعي أو قانوني و لمدة أكثر من أربعة أشهر ألا يفيد ذلك توفر نية الإضرار؟.

و القاضي يمكن أن يلبي طلب الزوجة بأن يحكم لها بالتطليق من زوجها إذا ما توصلت الزوجة إلى إثبات واقعة الهجر لمدة أربعة أشهر و ما فوق دون أن يتعب نفسه في البحث عن توفر نية الاضرار من عدمها. فالعبرة بثبوت الضرر الناتج عن الهجر وذلك ما يمكن إدخاله ضمن الفقرة السادسة من المادة 53 والتي تجيز التطليق لكل ضرر معتبر شرعا، بمفهومه الواسع فقد حكمت المحكمة العليا لزوجة بقيت عدة تقارب خمسة سنوات لا هي متزوجة و لا هي مطلقة [289].

**– الظهار واللعان :**

في نفس الاتجاه سكت المشرع الجزائري عن الظهار l` assimilation incestueuse و عن اللعان le serment d`anathème لندرة استعمالها في الحياة الواقعية المعاصرة، وأكتفي بالنص على ما يؤثر على الحياة الزوجية عن طريق أسباب محددة [290] واسعة الحدوث في الحياة الاجتماعية، و تكثر في شأنها النزاعات القضائية. ونتعرض بفكرة مختصرة جدًا لكل واحد منهما.

**أ- الظهار** : مصدر ظاهر، وظاهر من امرأته إذ قال : أنتِ كظهر أمي [291] أو تشبيه الزوج زوجته بامرأة محرمة عليه تحريماً مؤبدًا، قال الإمام مالك : والظهار من ذوات المحارم، من الرضاعة والنسب سواء [292]، و الأصل فيه قوله تعالى : [ الذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ مَا هُن أُمَهَاتِهِمْ إِنْ أُمَهَاتُهُمْ إِلا اللائِي وَلَدْنَهُمْ وَإِنهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنْ الْقَوْلِ وَزُورًا وَإِن اللهَ لَعَفُو غَفُورٌ، وَالذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُم يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسا ذَلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِ وَاللهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ، فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسا فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتينَ مِسْكِينًا ... ] [293] .

وحكمه أن الإسلام حرمه لأنه منكر من القول، و فيه إضرار بالزوجة، وكفارة المظاهر هي تحرير رقبة فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين، فإذا لم يستطيع فعليه إطعام ستين مسكينا، فإذا امتنع الزوج المظاهر عن التكفير ، و تضررت الزوجة بذلك فلها أن ترفع الأمر للقاضي الذي يطالبه بالتكفير والعودة إلى

[289]- م.ع غ.أ.ش – ملف رقم 75588 في 20-02-1991- م.ق لعام 1993 العدد 4 – ص 47.

[290] - بلحاج العربي - شرح قانون الأسرة الجزائري- مرجع سابق ص 292.

[291] - الموط الموطأ للإمام مالك بن أنس –الجزء 1 – مرجع سابق ص 559.

[292] - الإمام مالك بن أنس - الموطأ– الجزء 1 – مرجع سابق ، ص 559.

[293] - الآيات الأربعة الأولى من سورة المجادلة.

زوجته، فإن أبى و رفض أمره القاضي بالطلاق رفعًا للظلم عن الزوجة ويجب على الزوجـة أن تمنعـه نفسها، و يعزره القاضي بالحبس في ذلك [294].

- و نشير أيضا أنه ليس على النساء ظهار لأن الله تعالى جعله للرجال فقط، كما روى عن مالك أنـه قال فر رجل تظاهر من أربعة نسوة له بكلمة واحدة، إنه ليس عليه إلا كفارة واحدة كأن يقل لهـن : أنتن علي كظهر أمي [295].

**ب- اللعان** : اللعان لغةً : مصدر لاعن كقاتل، من اللعن و هو الرد و الإبعاد من رحمة الله تعالى.

وفي **الشرع** : شهادات تجري بين الزوجين مؤكدة بالإيمان مقرونة باللعن من جانب الزوج وبالغضـب من جانب الزوجة [296].

فهو إذن شهادات أربع مؤكدات بالإيمان يؤديها الزوجان أمام القضاء إذا ما قذف الزوج زوجته بالزنى أو نفي الولد، مقرونة من جانب الزوج باللعنة، ومن جانب الزوجة بالغضب، وتتم التفرقة بين الزوجين بمجرد تمام اللعان أمام القاضي بصفة مؤبدة لانعدام الثقة بين الزوجين.

و اللعان حكم ثابت بالقرآن الكريم بقوله تعالى : [ وَالذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُـنْ لَهُـمْ شُهَدَاءُ إلا أنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللهِ إِنَهُ لَمِنْ الصادِقِينَ، وَالْخَامِسَةُ أن لَعْنَةَ اللهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنْ الْكَاذِبِينَ، وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللهِ إِنَهُ لَمِنْ الْكَاذِبِينَ، وَالْخَامِسَـةَ أَن غَضَبَ اللهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنْ الصادِقِينَ ... ] [297].

فهو حكم ثابت من الكتاب و السنة و القياس و الإجماع، إذ لا خلاف في ذلك [298] .

و سببه أمران أحدهما قذف الرجل زوجته قذفا يوجب حد الزنا لو قذف أجنبية، و الأمر الثـاني نفـي الحمل أو الولد.

و لم ينص القانون الجزائري على اللعان في باب الطلاق كسبب من أسـباب انحـلال الرابطـة الزوجية ولكنه أشار إليه في المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري المتعلقة بنسب الولد بأبيه مـتى كـان

---

294 - بلحاج العربي -شرح قانون الأسرة الجزائري- مرجع سابق، ص 292،293.

295 - الموطأ للإمام مالك بن أنس -الجزء 1 – مرجع سابق، ص 552.

296 - بدران أبو العينين بدران - الفقه المقارن للأحوال الشخصية – مرجع سابق، ص 450.

297 - الآيات 6 إلى 9 من سورة النور .

298 - الإمام ابن رشد - بداية المجتهد و نهاية المقتصد- الجزء الثاني – مرجع سابق .ص 115.

الزواج شرعًيا، و لم ينفه بالطرق المشروعة، كما أنه ذكر صراحةً في المادة 138 من قانون الأسرة الـتي تقضي "يمنع من الإرث اللعان والردة".

## المبحث الثاني : التطليق للحكم بعقوبة على الزوج.

لقد نصت المادة 53 من ق.أ.ج في فقرتا الرابعة، على انه يجوز للزوجة أن تطلب التطليـق، في حالة الحكم بعقوبة شائنة، مقيدة لحرية الزوج، لمدة أكثر من سنة، فيها مساس بشرف الأسرة، وتستحيل معها مواصلة العشرة الزوجية.

و واضح من نص هذه الفقرة، أن المشرع الجزائري قد منح الزوجة حق طلـب التطليـق مـن زوجها، بسبب الحكم بعقوبة بدنية، تقيد حريته أو تحرمه منها، وهذا دفعاً للضرر الذي يلحقها من جراء غيابه عنها، ولأن للزوجة حقوقًا على زوجها، فإذا تركها وغاب فيخشى عليها من الفتنة، و إذا كان لها الحق في أن تطلب التفريق بسبب الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر فما فوق، باعتبار أن هذه المدة هي التي ينفذ فيها صبر الزوجة على زوجها مثلما تقدم، فمن باب أولي أن يكون لها حق طلـب التطليـق للحبس لمدة أكثر من سنة في القانون الجزائري.

و عليه فإننا نتطرق إلى التطليق في الفقه الإسلامي باختصار في مطلب أول، ثم شروط التطليق في ق.أ.ج في مطلب ثاني.

### المطلب الأول - التطليق للحبس في الفقـه:

الملاحظ أن الفقهاء المسلمين قد اختلفوا، في جواز تطليق الزوجة لحبس زوجها من عدمه فمنهم من أباح تطليقها و منهم من ذهب إلى خلاف ذلك.

فذهب الأحناف والشافعية إلى أنه لا يجوز تطليق الزوجة لحبس الـزوج مهمـا طالـت مـدة الحبس[299]، ويبررون موقفهم هذا بعدم وجود دليل شرعي على ذلك.

أما المالكية و الحنابلة، فإنم يقولون بالتفريق بين الزوجين لغياب الزوج، وصرح ابن تيمية مـن الحنابلة بحق إمرأة الأسير و المحبوس و نحوهما مما، يتعذر انتفاع امرأته به إذا طلبت فرقته كالقول في امرأة المفقود".

[299] - محمد عزمي البكري - موسوعة الفقه و القضاء في الأحوال الشخصية -مرجع سابق، ص 420

[1] – فضيل سعد -شرح قانون الأسرة الجزائري "الزواج والطلاق"- مرجع سابق، ص 288.

ولكن المذهب المالكي، صرح بأن لزوجة الأسير الحق في طلب التفريق، لأن معيـار و منـاط التفريق عندهم هو ُبعد الزوج عن زوجته، سواءً كان باختياره أو قهرًا عنه، كما في الأسير، لأن الضرر يلحق الزوجة من هذا البعد، و هذا المعنى متحقق في زوجة المحبوس [300]، و لأن الزوج الذي حكم عليه نائيا بسجنه، وبعد مضي سنة فأكثر على تنفيذ حكم الحبس ما يعادل الغياب لأكثر من سـنة ، فـلا تختلف حال زوجة المحبوس عن حال زوجة الغائب سنة فأكثر، في أن زوجها بعيد عنها زمنًا طويلاً مـع محافظتها على العفة و الشرف[301]، و هو أمر صعب تحمله بالنظر إلى الطبيعة البشرية في الأعم الغالب من الحالات.

هكذا نستخلص مما تقدم أن المصدر التشريعي للفقرة الرابعة من المادة 53 من ق.أ.ج هو المذهب المالكي، بحيث أباحت للزوجة إقامة دعوى أمام المحكمة، من أجل أن تطلب الحكم لها بـالتطليق مـن زوجها. المعاقب بعقوبة شائنة، مقيدة لحريته لمدة أكثر من سنة، فيها مساس بشرف الأسرة، و تستحيل معها مواصلة العشرة و الحياة الزوجية.

## المطلب الثاني - شروط التطليق للحبس في ق.أ.ج :

عندما نمعن النظر في نص الفقرة الرابعة من المادة 53 من ق.أج، وبتحليل نص الفقـرة بغـرض استخلاص أحكامها، نلاحظ أن قانون الأسرة الجزائري قد منح الزوجة حق طلب التطليق من زوجها، بسبب الحكم عليه بعقوبة بدنية تقيد حريته أو تحرمه منها، ولكن المشرع الجزائري قد قيد استعمال هذا الحق بوجوب توفر عدة شروط أساسية مجتمعة كلها، وعدم توفر بعض هذه الشروط، يؤدي إلى تبخـر حق الزوجة في طلب التطليق، وتحرم منه قانوناً و تبقى تعاني الضرر الواقع عليها والناتج عن بعد زوجها عنها.

300 - بدران أبو العينين بدران - الفقه المقارن للأحوال الشخصية - مرجع سابق، ص 448 .

2- محمد عزمي البكري - موسوعة الفقه و القضاء في الأحوال الشخصية - مرجع سابق، ص 420.

2- السيد سابق – فقه السنة – الجزء الثاني- مرجع سابق، ص 292 .

2- وهبة الزحيلي -الفقه الإسلامي وأدلته- مرجع سابق، ص 535.

301 - بدران أبو العينين بدران - الفقه المقارن للأحوال الشخصية – مرجع سابق، ص 448 –449.

و تتمثل هذه الشروط فيما يلي :

**1- الشرط الأول:**حتى تتمكن الزوجة من استعمال حقها القانوني، و تقيم الدعوى أمام المحكمة من أجل أن تطلب لها الحق بالتطليق من زوجها، و يجب عليها أن تثبت بالطرق القانونية أن زوجهـا وبسـبب ارتكابه جريمة معينة صدر ضده حكم قضائي نهائي، أي أن الحكم قد حاز قوة القضية المقضية [302]. ولم يعد يقبل أن يطعن فيه بأية طريقة من طرف الطعن القانونية العادية أو غير العادية، بل أن نسخة من هذا الحكم تعتبر حجة قانونية يدعم طلبها أمام المحكمة.

**2- الشرط الثا**ني الواجب توفره حتى تسمع دعوى الزوجة طالبةً التطليق من زوجها أن تكون العقوبـة التي صدر بها حكم على الزوج شائنة حسب تعبير نص الفقرة الرابعة من المادة 53، و يقصد بالعقوبـة الشائنة الأفعال و السلوكات التي تنفر منها النفس البشرية، و تشمئز منها، و تخرج عن الأخلاق النبيلة، وتعاكس أحكام الشريعة الإسلامية السمحاء، فمثل هذه التصرفات تنـزل بصـاحبها إلى الحضـيض الأسفل، بل وتجرده من إنسانيته ومن أمثلة ذلك الشذوذ بمفهومه الواسع، سواءً كان المحكوم عليه فاعلاً أو مفعولاً فيه، كاللواط و العياذ بالله، و قد قال الرسول ε ◷ أخوف ما أخاف عليكم عمل قوم لوط و لعن من فعل فعلهم ثلاثًا ★ وقال أيضًا ◷ من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقـتلوا الفاعل والمفعول به ★ [303]، وكذلك الوقوع مع المحارم في جريمة الزنا، وهي أيضًا تحتل المراتب الأولى في الكبائر التي يهتز لوقوعها عرش الرحمان. بالإضافة إلى اغتصاب الصغيرات و الاحتيال وغيرها فهذه الأعمال منافية لكرامة بني آدم، و مجانية للطبع البشري، والمجتمع المسلم يتقزز منها، ويشجبها.

و يلاحظ بعض رجال القانون بخصوص صياغة الفقرة الرابعة من المادة 53 التي جاءت كالتـالي "الحكم بعقوبة شائنة، مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة ... ". أنها صياغة رديئة حيـث وصـفت العقوبة بالشائنة و القبيحة، و العقوبة نطق بها القاضي، والنتيجة هي وصف عمل القاضـي بالشينة والقبح، وترك العمل القبيح الذي ارتكبه المجرم. ويكون الصواب في التعبير و الصياغة كالتـالي "الحكم بعقوبة لمدة أكثر من سنة عن أفعال شائنة ..." [304].

---

[302] - عبد العزيز سعد – الزواج والطلاق في ق.أ.ج - مرجع سابق،ص 266.

[1] -بلحاج العربي -شرح قانون الأسرة الجزائري-مرجع سابق ،ص 294.

[303] - الإمام الحافظ شمس الدين الذهبي – الكبائر ، دار الفكر بيروت ص 55.

[304] - فضيل سعد -شرح قانون الأسرة الجزائري "الزواج والطلاق"- مرجع سابق. ص 289.

بالإضافة إلى ذلك غموض العبارة -شائنة- فهل تتعلق بجرائم الأخلاق التي هي من النظام العام والآداب العامة، أو يتعلق بالجرائم الواقعة على الأشخاص و الأموال.

و بالرجوع إلى التقرير التكميلي لمشروع قانون الأسرة الجزائري [305] يظهر قصد المشرع، حيث يقصد الأفعال التي تؤدي إلى زعزعة الثقة بين الزوجين، و بالتالي تولد النفور بينهما، فالمعيار موضـوعي ومرن، وهذه المرونة تسمح للقاضي أن يدخل فيها ما يشاء من الأفعال ويخرج عن دائرتا ما يشاء.

وهذا المعيار الموضوعي يتكون من شرطين، متى اجتمعا كان الفعل المعاقب عليه من الأسباب التي تسمح للزوجة بطلب التطليق و هما:

أ- تعلق الفعل بالجرائم الأخلاقية، و معيار الأخلاق واسع.

ب- أن تكون الإدانة متصلة بشرف الأسرة حيث تشعر الزوجة أنا مست بعمق في كرامتها وحرمتها و قيمتها الاجتماعية، بل تكون نقطة سوداء كبيرة في جبين الأسرة بما في ذلك الأبناء والأقارب.

3- **الشرط الثالث** الذي يسمح للزوجة باستعمال حقها في طلب التطليق، يجب أن تكون العقوبة مقيدة للحرية، أي تتضمن عقوبة بدنية بالسجن أو الحبس، فإذا كانت العقوبة بالحبس مع وقـف التنفيـذ أو الوضع تحت الحراسة، أو الحكم بالغرامة فقط، أو الحرمان من الحقوق السياسية أو عقوبة الإفلاس، فإن هذا الشرط يسقط، و يسقط معه حق الزوجة في طلب التطليق.

4- **الشرط الرابع** يجب أن تكون العقوبة المقيدة للحرية لمدة أكثر من سنة، فلا يجوز للزوجة طلـب التطليق إذا كانت العقوبة إحدى عشر شهرًا لعدم اكتمال النصاب القانوني الزمني المطلوب، سواءً كان الحبس المحكوم به منفذًا أو موقوف التنفيذ، وحتى و لو توفرت الشروط الأخرى، فالسنة وأكثر شرط، و أن تكون حبسًا نافذًا، حتى يتحقق شرط تقييد الحرية، وبالتالي حدوث تضرر الزوجة بغيـاب زوجهـا عنها، مع الملاحظ أن احتساب مدة السنة يكون من تاريخ حبس الزوج أي تقييد حريته [306].

---

[305] - فضيل سعد -شرح قانون الأسرة الجزائري "الزواج والطلاق"- نفس المرجع. ص 290 جاء في الهامش ( لقد عـارض بعـض النواب هذه الصياغة و اعتبروها غامضة لكنهم لسوء الحظ جاءوا بمبررات ضعيفة و أضافوا ما من شأنه أن يمكن الجرم من إجرامـه، فقد طلبوا إضافة عبارة "بشرط أن تكون من الكبائر شرعًا" وهو قول لا يضيف جديدًا للفقرة مما يجعل تمسك اللجنة بصياغة المـادة أكثر فائدة لأن إضافة تلك العبارة للفقرة تُخرج صغائر الأمور التي قال عنها الرسول ε "إن صغائر الأمر تؤدي إلى كـبائرها ".
و جاءت اللجنة بمبررات قالت: " إن نص الفقرة 4 من المادة 53 واضح و يلخص الأفعال التي فيها مساس يشرف الأسرة وتسـتحيل معها مواصلة العشرة الزوجية، وإن ما أورده النواب المعترضون يختلف عن مضمون الفقرة الرابعة و يقع تحت طائلة قانون العقوبات )
".

[306] - بلحاج العربي -شرح قانون الأسرة الجزائري- مرجع سابق ص 296.

5- **الشرط الخامس** أن تكون العقوبة ماسة بشرف الأسرة، أي أن الأفعال التي يرتكبها الزوج المحكوم عليه بعقوبة لمدة أكثر من سنة، و مقيدة لحريته، يجب أن تمس بشرف الأسرة حتى يبرر حق رفع طلـب التطليق.

و الملاحظ أن المصطلح في حد ذاته –شرف الأسرة- واسع المدلول و المعنى فالقمـار و الخمـر والنصب و الاحتيال، والسرقة و الاغتصاب و الزنا، وخيانة الأمانة والاختلاس و الغـدر ... وغيرهـا، وكل ذلك يمس بشرف الأسرة هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن مفهوم الأسرة يزيد الأمر اتسـاعاً، حيث أن المادة 2 من قانون الأسرة الجزائري تعرف الأسرة بأنها الخلية الأساسية للمجتمع، و تتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية و صلة القرابة ، إذاً مفهوم الشرف واسع، و مفهوم الأسرة واسـع أيضا مما يجعل الزوجة قادرة على أن تتذرع بأية عقوبة حتى تطلب التطليق [307]، فقد تحرض زوجها على ضرب أمه مثلا و يعاقب الزوج و تطلب هي التطليق.

6- **الشرط السادس** أن تكون العقوبة قرينة على استحالة مواصلة العشرة الزوجية، ومعـنى ذالـك أن العلاقات بين الزوجين تتوتر بسبب هذا الحكم، و المودة و الحب بينهما يصبحان بغضّ وكراهية ثم تأتي الخلافات الحادة و المستحكمة تحول راحتهما إلى فتنة، والسعادة تنقلب إلى نقيضها و الحيـاة الزوجيـة جحيم [308]... فمن هي الزوجة التي تقبل زوجها الزاني، أو ذاك الذي يمارس اللواط، خاصة إذا كان مفعولاً فيه، فأين الشرف و الرجولة و الإنسانية، و الخجل و الحياء من المتمع، و أيـن الـدين والأخلاق و الضمير و الخوف من الله عز وجل، ناهيك عن النقطة السوداء التي تبقى على جبين الأسرة، وإلى ذلك ذهبت المحكمة العليا في إحدى اجتهاداتها حيث قالت "إن التعدي على الزوجة وإهانتها ومس كرامتها بصفة صارت علاقتها الزوجية أمرًا مستحيلا، هي أسباب كافية لتبرير تطليقها..." [309]، كمـا عبرت في إحدى اجتهاداتها أيضا على أنه يمكن للزوجة، أن تطلب التطليق إذا تـوفرت أسـبابه [310]، ومعلوم أن هذه الأسباب في القانون الجزائري هي تلك التي تضمنتها المادة 53 مـن قـانون الأسـرة

---

307 - فضيل سعد -شرح قانون الأسرة الجزائري "الزواج والطلاق"- مرجع سابق. ص 292.

308 - عبد العزيز سعد – الزواج والطلاق في ق.أ.ج - مرجع سابق ص 267.

309 - المحكمة العليا – غرفة الأحوال الشخصية 13-2-86 : ملف رقم 39025 – د/ بلحاج العربي -قـانون الأسـرة – مبـادئ الاجتهاد القضائي وفـقاً لقـرارات المحكمة العليا -ديوان المطبوعات الجامعية 1994 ص85.

310 - دلانده يوسف -قانون الأسرة مدعم بإحدى مبادئ واجتهادات المحكمة العليا في مادتي الأحوال الشخصية و المواريـث- دار هومة –للطباعة و النشر و التوزيع الجزائر 2001 ص 49 .

- م.ع غ.أ.ش – ملف رقم 50519 في 26-09-1988- م.ق لعام 1992 العدد 2 – ص 48.

الجزائري ومنها الفقرة الرابعة التي تنص " على جواز طلب الزوجة للطليق عند الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج ..." حيث يمكن للزوجة رفع دعوى التطليق لحبس الزوج، و تثبت دعواها بوثيقة رسمية من عقد الزواج، و صورة رسمية من الحكم الصادر ضد زوجها، تفيد أن الحكم بات ونهائي و لا يقبل الطعن فيه بطرق الطعن العادية أو غير العادية .

تلك هي الشروط الأساسية الستة الواجب توفرها، حتى تتمكن الزوجة من طلب التطليق من زوجها، وسلطة القاضي في كل ذلك تقديرية، مستعينًا بالمعيار الموضوعي المرن، الذي تضمنته نص الفقرة 4 من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، و أورد عدة شروط، وضعت متنافرة غير منسجمة، وبعضها أقحم في المادة 53 إقحاما لا مبرر له، كل ذلك يجعل القاضي في دوامة لا حدود لها، و يجعل من الصعب على الزوجة الحصول على حكم يقضي بتطليقها.

والملاحظ في النهاية أن بعض قوانين البلدان العربية و الإسلامية، مثل قانون الأسرة الجزائري قد ذهبت إلى جواز التفريق بين الزوجين، بسبب حبس الزوج دفعاً للضرر الواقع على الزوجة مع بعض الاختلافات في بعض النقاط.

فينص القانون المصري رقم 25 لعام 1929 في مادته 14 على " لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائيا بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر، أن تطلب إلى القاضي بعد مضي سنة من حبسه، التطليق عليه بائنًا للضرر، و لو كان له مال تستطيع الإنفاق منه "[311].

هكذا نلاحظ أن التطليق للحبس في القانون المصري إنما هو للضرر الواقع بالفعل، واشترط المشرع المصري مدة الحبس ثلاثة سنوات، حتى تكون الزوجة يائسة من عودة الزوج عودة قريبة، فيستحكم الضرر إن بقيت إلى نهاية المدة، وقد تقع الفتة و المعصية.

أما القانون السوري ( المادة 109 ) فقد ذكر هذا الحق للزوجة كالتفريق للغياب [312]، كما قام لمشرع المغربي بقياس حال المحبوس على حال الغائب لمدة سنة فأكثر بلا عذر مقبول، حسب المادة 57 الفقرة الأولى من القانون المغربي.

و يلاحظ بأن التطليق للضرر الناتج عن الغياب هو فسخ عند الحنابلة، أما المالكية فجعلوه طلاقًا بائنًا وذلك ما نفهمه من القانون الجزائري المادة 53 ، و القانون المغربي في المادة 57 الفقرة 2.

---

[311] - بدران أبو العينين بدران - الفقه المقارن للأحوال الشخصية – ص 449 – محمد عزمي البكري - موسوعة الفقه و القضاء في الأحوال الشخصية ص 417. مراجع سابقة.

[312] - وهبة الزحيلي -الفقه الإسلامي وأدلته - مرجع سابق ، ص 535.

و الـقانون المصري في المادة 14، و الـقانون الكويتي في المادة 138 في حين نـص القـانون السوري في المادة 109 الفقرة 2 بأن التطليق طلاق رجعي، فإذا رجع الغائب أو أطلق السجين و المرأة في العدة حق له مراجعتها [313].

## **<u>المبحث الثالث</u> : التطليق في حالة الغائب و حالة المفقود.**

من بين الحالات التي سمح فيها قانون الأسرة الجزائري للزوجة أن تطلب الحكم بتطليقهـا مـن زوجها، حالة الغياب، وذلك ما تضمنته المادة 53 في الفقرة الخامسة التي تنص على " أنه يجوز للزوج أن تطلب التطليق بسبب الغيبة بعد مضي سنة بدون عذر و لا نفقة ".

وغياب الزوج إما أن يكون الغرض منه سليمًا، كسفره لطلب العلم أو لأجل التجـارة أو العمـل، أو يكون القصد منه إلحاق الضرر بالزوجة وذلك ببعده عنها، هذا من جهة .

ومن جهة أخرى، قد يكون الغائب معلوم مكان تواجده، وبالتالي إمكانية الاتصال به، أو يكون خـبره منقطع، فمكان تواجده مجهول، أخباره انقطعت، فلا يعلم موته من حياته، وبالتالي يأخذ حكم المفقود.

فإن غاب الزوج عن زوجته مدة طويلة، فتضررت لغيابه، و خشيت على نفسها الفتنة و الوقوع فيمـا حرم الله، فهل لها بذا أن تطلب من القاضي التطليق .

للإجابة على هذه الأسئلة نتطرق إلى الآراء الفقهية الإسلامية باعتبار الشريعة الإسلامية هـي الأصـل التشريعي لقانون الأسرة الجزائري في مطلب أول.

ثم نتطرق إلى موقف قانون الأسرة الجزائري و الشروط الواجب توفرها لجواز طلب الزوجة للتطليـق في مطلب ثاني، ثم نتطرق إلى حالة المفقود في مطلب ثالث.

### **<u>المطلب الأول</u> - التطليق للغياب** في **الفقـه** :

بالرجوع إلى أراء الفقهاء خاصة المذاهب الفقهية الأربعة نجد لهم رأيان في التفريق بين الـزوجين إذا غاب الزوج عن زوجته و تضررت من غيبته، و خشيت على نفسها الفتنة [314].

**أ- الحنفية و الشافعية** : قالوا بأن الغيبة لا تكون سببًا للتفريق بين الرجل و زوجته و إن طالت المـدة، لانعدام ما يصلح أن ينبى عليه التفريق بينهما [315]، ففي نظرهم حق الزوجة في طلب التطليق من القاضي

[313] - العربـي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائـري - مرجع سابق، ص 296 – 297.

[314] - وهبة الزحيلي –الفقه الإسلامي و أدلته – مرجع سابق .ص 532.

[315] - بدران أبو العينين بدران - الفقه المقارن للأحوال الشخصية- مرجع سابق، ص 448.

[3] – محمد عزمي البكري - موسوعة الفقه و القضاء في الأحوال الشخصية- مرجع سابق، ص 402

لغياب زوجها يسقط، ولا يصح أن يُتَخَذَ سبباً للتفريق بينها و بين زوجها، و حجتهم عدم قيام الدليل الشرعي، يثبت وجود هذا الحق، والأصل إذن بقاء الزوجية حتى يقوم الدليل على جواز التفريق.

**ب- المالكية و الحنابلة** : قالوا يجوز طلب المرأة للتطليق بسبب غياب الزوج عنها، إذا لم تصبر عن فراقه، وتضررت من ذلك و لو ترك لها ما تنفقه على نفسها، إلا أن القاضي لا يوقع الطلاق عليه إلا بعد أن يكتب إليه إن علم مكانه، فيطلب منه الحضور لزوجته، أو يلحقها به، أو يطلق إن لم يكن له بها شأن، فإذا لم يفعل واحدًا من الأمور الثلاثة قام القاضي و طلق عليه.

هكذا اتفق المالكية و الحنابلة على جواز التفريق الذي يبني على تضرر الزوجة من غياب زوجها، ولكنهم اختلفوا في أدنى مدة يمكن للزوجة، أن ترفع فيها الأمر للقاضي طالبةً التطليق، وفي نوع الغياب الموجب للتفريق.

فعند المالكية أقل مدة يمكن للمرأة فيها طلب التطليق سنة، و في رواية ثلاثة سنوات فما فوق.

أما عن نوع الغياب فلم يفرقوا بين الغياب الذي هو بعذر كالسفر للعلم أو للتجارة أو للعمل ، والغياب الذي لا عذر فيه لأن الزوجة تتضرر في الحالتين [316].

أما المذهب الحنبلي فأدنى مدة يمكن للزوجة أن ترفع أمرها للقاضي بعد مضي ستة أشهر من غياب زوجها، إذ هي المدة التي يمكن للمرأة أن تصبر فيها، وقد ثبت أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قد جعل 6 أشهر أقصى مدة للجنود الغائبين عن أهلهم، ثم يعودون و هذا باستشارة ابنته حفصة رضي الله عنها [317] مثلما تقدم.

و اشترط الحنابلة في الغياب الموجب للتفريق، أن يكون لغير عذر، فإن كان لعذر مقبول شرعًا لا يستجاب لها و لو تضررت.

و دليل القائلين بجواز التفريق للغياب هو حديث الرسول ε الذي قال فيه ☉ لا ضرر و لا ضرار★ ويستدل من الحديث أن غياب الزوج عن زوجته مع عدم عودته إليها، و لا هو أخذها إليه يعتبر إضرارًا بها، و الضرر يجب أن يزال قدر الإمكان، وطريقة إزالته في مثل هذه الحالة، أن يقوم القاضي

---

[316] - محمد عزمي البكري - موسوعة الفقه و القضاء في الأحوال الشخصية- مرجع سابق، ص 402.

[1]- بدران أبو العينين بدران - الفقه المقارن للأحوال الشخصية - مرجع سابق، ص 447.

[317] - محمد عزمي البكري - موسوعة الفقه و القضاء في الأحوال الشخصية- نفس المرجع، ص 403،

[2]- السيد سابق – فقه السنة – الجزء الثاني- مرجع سابق، ص289 و ما بعدها.

[2]-وهبة الزحيلي -الفقه الإسلامي وأدلته - مرجع سابق،ص 533.

ويطلق عليه، كما أن غيابه عن زوجته قد يدفعها إلى ارتكاب الفواحش التي حرمها الله، فيتعين تسريحها فالمبدأ الأساسي يظهر في قوله تعالى [ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ ] و لمـا كـان الإمسـاك بمعروف متعذر فالواجب هو التسريح بإحسان.

و بالإضافة إلى ما تقدم فقد اتفق المالكية و الحنابلة على أن الغيبة إذا كانـت بعيـدة لا يمكـن الاتصال به ووصول الرسائل إليه، أو يمكن ذلك و لكن بعد زمن طويل، ففي هذه الحالة يجـب علـى القاضي أن يفرق بدون إعذار أو إمهال، أما إذا كانت الغيبة في مكان قريب فلا يصح التفريـق بـين الزوجين إلا بعد إنذاره بضرورة العودة إلى زوجته، أو بنقلها إليه، أو يطلق، فإن لم يفعل إحدى هـذه الأمور الثلاثة فرق القاضي وطلق عليه زوجته، بعد أن يتريث القاضي بعض الوقت على أمل عودته[318].

و الحكمة في تطليق القاضي لزوجة الغائب بطلب منها، هي كون بقاء الزوجة بعيدًا عن زوجها زمنًا طويلاً مع الحفاظ على عفتها و شرفها أمر لا تحتمله الطبيعة البشرية في الغالب.

أما في وصف الفرقة، فالتطليق للغياب عند المالكية طلاق بائن، لأن كل فرقة يوقعها القاضـي يكون طلاق بائن باستثناء التطليق للايلاء أو الإعسار بالنفقة.

ذلك أن المراد و الهدف هو رفع الضرر عن المرأة وذلك لا يتحقق إلا بالطلاق البائن، أما الأحناف فـإن نوع الفرقة هي فسخ للعقد أصلاً، لأنا فرقة لم تصدر من الزوج، و لا بتفويض منه [319].

**المطلب الثاني - التطليق للغياب في قانون الأسرة ونوع الفرقة :**

نلاحظ مما تقدم أن الحنابلة و المالكية أجازوا التطليق لغياب الزوج لمدة طويلة، وبذلك أخذت معظـم قوانين البلاد العربية، ومنها ق.أ.ج حيث أجاز المشرع الجزائري للزوجة التي يغيب عنها زوجها لمـدة سنة، أن تطلب التطليق وتسمع المحكمة دعوها وتجيبها إلى طلبها حيث تنص المادة 53 في الفقرة الخامسة " يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للغيبة بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة ".

كما نصت المادة 110 من نفس القانون مُعَرِفَةً الغائب بقولها " الغائب هو الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه، أو بواسطة ، مدة سنة، و تسبب غيابه في ضرر الغير يعتبر كالمفقود " .

[318] - محمد عزمي البكري - موسوعة الفقه و القضاء في الأحوال الشخصية- مرجع سابق، ص 402

[1]– عبد الرحمان الصابوني –شرح قانون الأحوال الشخصية السوري – مرجع سابق، ص 79.

[319] - محمد عزمي البكري - موسوعة الفقه و القضاء في الأحوال الشخصية نفس المرجع ، ص 403.

فهذا النص الأخير عرف الغائب بأنه ذلك الشخص البعيد عن أهله، و منعته جبرًا عنه قوة قاهرة من العودة، و القوة القاهرة هي الحادث الذي يستحيل دفعه، وغير ممكن التوقع [320]. وبالتالي يصبح بعيد عن الزوجة لمدة سنة فأكثر، ونتج عن غيابه هذا تضرر الغير، و الزوجة تدخل في حكم الغير، وهي أول المتضررين من غياب زوجها من كل الزوايا. فالفرق هو أن الغائب في العادة معروف مكانـه، عكـس المفقود الذي لا يعرف مكانه و لا حياته من موته، رغم ذلك لا يدخل في حكم المفقود إلا بحكم قضائي ( المادة 109 ) من ق.أ.ج.

**الفرع الأول- شروط التطليق للغياب في قانون الأسرة:**

و انطلاقاً من نص المادة 53، و بتحليل مبسط لنص الفقرة الخامسة يتضح أنه لا يجوز للزوجة أن تطلب من ا لمحكمة أن تحكم لها بالتطليق من زوجها الغائب إلا إذا توفرت لديها ثلاثة شروط أساسـية هي.

**- الشرط الأول** : أن يتغيب الزوج عنها غيبة طويلة تفوق السنة، وتجري حسابا عند الفقهاء المسلمين بالسنة القمرية و لكن القانون لم يحدد ذلك، فيصح اعتماد السنة الميلادية طالما أن العمل يجري بها يوميا و هي عادة التقييم الزمني ، مع الإشارة إلى أن تحديد السنة هو مذهب الإمام مالك، وبه أخذ الـقانون الجزائري في المادة 53 الفقرة 5 ، و المغربي في المادة 57 الفقرة 1 ، المصري في المـادة 12 ، والكـويتي في المادة 136 و القانون السوري في المادة 109 [321].

و المراد بغيبة الزوج هنا، غيبته عن زوجته بالإقامة في بلد آخر غير البلد الذي تقيم فيه الزوجة، أما الغيبة عن بيت الزوجية مع الإقامة في بلد واحد، فهو من الأحوال التي يتناولها التطليق للضرر لأنه يكون هجرًا قصد به إلحاق الأذى بالزوجة [322]، وبالتالي يمكن للزوجة أن تطلب التطليق للـهجر في المـضجع و الضرر الناتج عن ذلك، وعليه فسبب الزوجة يتغير، ولا يجوز للقاضي أن يحكم بالتطليق الذي تطلبه الزوجة بناءًا على الغيبة، وحكمه يبنيه على الهجر، فيغير من تلقاء نفسه سبب الدعوى فذاك خطأ في تطبيق القانون[323] ، بالإضافة إلى ما تقدم فإنه يثبت الحق في التطليق للزوجة غير المدخول بها و لو لم يختل بها الزوج، لأن ضرر الغياب متوفراً في حقها.

---

[320]- عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني – الجزء الأول – دار إحياء التراث العربي بيروت – 1952. ص876.

[321] - العربي بلحاج - شرح قانون الأسرة- مرجع سابق ، ص 297.

[322] - البكري محمد عزمي - موسوعة الفقه و القضاء في الأحوال الشخصية - مرجع سابق ص 404.

[323] - محكمة النقض المصرية بتاريخ 20-06 – 1989 – من موسوعة الفقه و القضاء -البكري محمد عزمي- نفس المرجع ص 405.

- و في ذلك قضت المحكمة العليا بأنه " يجوز للزوجة أن تطلب التطليق مع التعويض، إذا تأخر الـزوج عن الدخول بزوجته لمدة 5 سنوات، فإنه بذلك يعتبر تعسفا في حقها و يبرر التعويض ..." [324].

كما حكمت محكمة النقض المصرية بأن "إذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول جاز لزوجتـه أن تطلب إلى القاضي تطليقها بائناً إذا تضررت من بُعْدِهِ عنها ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه "[325] .

**- الشرط الثانـي** : أن تكون غيبة الزوج دون عذر شرعي و عقلي مقبول، كأن يسافر و لم يعـد، فيعتبر إنسان مهمل لعائلته، ومتهربًا من واجباته، ومخلاً بالتزاماته، فغياب العذر المقبول و السبب الشرعي في العادة يؤدي إلى الإضرار بالزوجة و إيذائها، ولهذا فقد نص الفقه المالكي على ضرورة إعلام الزوج و إنذاره بالعودة و إلا طلقت عليه زوجته، فإذا كان معلوم المكان و لم يجب طلق عليه بلا إعذار ( المـادة 47 الفقرة 2 من القانون المغربي، والمادة 13 من القانون المصري و المادة 137 من القانون الكويتي ) [326].

أما إذا كان الغياب لسنة أو أكثر من أجل إتمام الدراسة و طلب العلم خارج الـوطن، أو لأداء خدمة عامة كواجب الخدمة العسكرية الإجبارية في مكان بعيد، أو من أجل العمل و كسب العيش، وما شابه ذلك، من أسباب شرعية معقولة ومقبولة تعود بالفائدة على الأسرة ككل مستقبلاً، فلا حق لها في طلب التطليق للغياب، بحيث يمكن لأهل الزوج إثبات شرعية غياب المدعى عليه، و بالتالي فالقاضي عند التأكد و التثبت من شرعية سبب الغياب، فلا يجيب لطلب الزوجة ولو مضت سنة وأكثر، فمصير طلبها الرفض إذ المنطق و العادة و الأخلاق تقرر أن الزوجة تتقـاسم أعبـاء الحيـاة

وأتعابا مع زوجها، فتتحمل عناء الغربة كما يتحملها، و تصبر للضرر الذي يسمح برقي زوجها، وتحقق منفعة لأسرتا، وبالإضافة إلى ذلك فإن صبرها على غيابه، يؤدي إلى تمتين روابط المـودة والرحمـة و التعاون بينهما، فإن كان الزوج يسعى من أجل مصلحة الأسرة بالعمل و التجارة بعيدًا، فيجب أن يكافأ بالرحمة والرأفة فلا يسمح لزوجته بطلب التطليق، و لا أدل على ذلك من أن ق.أ.ج قد جعل لزوجـة المسجون بعد مضي سنة على سجنه أن تطلب التطليق، و إن كان له عذر في غيبته بحيث لا اختيار له في هذا السجن لأنه بارتكابه ما أوجب سجنه، لا يستحق شفقة و لا رحمة، بل يجب أن يعامل بشـدة لأن سجنه لا يعود على الحياة الزوجية بفائدة، بل قد يكون سببًا في شقائها مستقبلاً.

---

[324]- م.ع غ.أ.ش – قرار رقم 135435 بتاريخ 23-04-1996- م.ق لعام 1998 العدد 1 – ص 129.

[325]- محكمة النقض المصرية طعن رقم 34 لسنة 48 القضائية – أحوال شخصية – جلسة 13-06-1979 – أنظر كتاب موسوعة الفقه و القضاء – محمد عزمي البكري – نفس المرجع، ص 405.

[326] - بلحاج العربي -شرح لقانون الأسرة الجزائري- مرجع سابق ص 297.

وهناك بعض الحالات التي يمكن اعتبارها ضمن مفهوم العذر المقبول منها إذا أراد الزوج الالتحاق بأهله قبل بلوغ مدة السنة لكن المواصلات مثلاً انقطعت أو الحرب حدثت، وحالت دون التحاقه بأهله. و يمكن إضافة تعكر العلاقات الدولية بين الدولة التي يقيم فيها، و دولة موطنه الأصلي وما ينجر عن ذلك من قطع للعلاقات السياسية و الاقتصادية و غيرها، وهي أمور تخرج إطلاقًا عن إرادة الزوج، فلا يجب أن يحاسب الزوج على مثل هذه الأمور التي لا يمكن للزوج الغائب دفعها أو توقعها، وعموماً فإن تقدير العذر أمر متروك لقاضي الموضوع طالما كان استخلاصه سائغًا [327].

و نشير في الأخير إلى أن المشرع الجزائري في المادة 53 الفقرة 5 من ق.أ.ج حدد الغيبة بدون عذر مقبول حسب ما ورد في مذهب الحنابلة، أما الإمام مالك فيجيز التطليق إذا غاب الزوج مطلقًا سواء كان غيابه لعذر أو لغير عذر، لأن الضرر متحقق في الحالتين [328].

**- الشرط الثالث** : و أخيرًا يجب ولكي تتمكن الزوجة من طلب التطليق بسبب الغياب، أن يكون الزوج الذي غاب عن زوجته لمدة سنة بدون عذر لم يترك لها مالاً تنفقه على نفسها و على أولادها،

أما إذا غاب لمدة سنة و أكثر و لعذر مقبول شرعًا أو حتى بدون عذر مقبول و ترك لها أموالاً تنفق منها على نفسها و أولادها فلا يجوز أن تطلب التطليق من القاضي[329].

مع الملاحظ أن حالة الغياب بدون ترك النفقة، تخضع للسلطة التقديرية للقاضي، حيث يتأكد منها بكل الطرق و الوسائل و ينظر في الأسباب التي دفعته إلى الغياب، ووضعيته التي أصبح فيها خلال مدة الغياب، وما إذا كان التحويل النقدي ممكناً و غير ذلك يتأكد هل انعدام إنفاقه أو بعث الأموال إلى عائلته فعل متعمد و إرادي فهو إذن إهمال عائلي، أم أن ما يرسله من أموال كنفقة لا تصل إلى الزوجة بسبب خطأ مادي في الحساب البريدي الجاري، أو في العنوان، فيكون ذلك عذرًا شرعيًا [330] ويدخل

[327] - محكمة النقض المصرية جلسة 17-4-84 طعن رقم 34. من موسوعة الفقه و القضاء ... - البكري –مرجع سابق .

[328] - البكري محمد عزمي - موسوعة الفقه و القضاء في الأحوال الشخصية - مرجع سابق ص 409.

[329] - عبد العزيز سعد – الزواج والطلاق في ق.أ.ج - مرجع سابق ص 269.

[330] - فضيل سعد -شرح قانون الأسرة الجزائري "الزواج والطلاق"- مرجع سابق. ص 294.

تحت طائلة الأسباب القاهرة الخارجة عن إرادته و أسباب و ظروف غير متوقعة، ولا كان من الممكـن توقعها [331].

أما في حالة ملكية الزوج للأموال دون أن يترك للزوجة ما تنفقه، فإن القاضي ومتى رفعت إليه الزوجة طلب التطليق للغياب بلا نفقة يلجأ إلى التأكد من وجود الأموال، ويحكم لها بأخذ ما يكفيها من النفقة من ماله الموجود بحوزتا أو تحت حيازة الغير و تكون الأحكام مشمولة بالنفاذ المعجل [332].

هكذا نلاحظ أن الدعاوى التي ترفعها الزوجة طالبة التطليق من زوجها بسبب الغياب لا يجيبها القاضي إلا إذا توفرت الشروط الثلاثة الأساسية الواردة في الفقرة الخامسة من المادة 53 من ق.أ.ج وهي لمدة سنة فما فوق، إبتداءًا من يوم غياب الزوج إلى يوم رفع الدعوى عليه، وهذا الغياب يكون بـدون مبرر شرعي وعذر مقبول على أن تقدير ذلك يعود إلى قاضي الموضوع، والشرط الثالث هـو انعـدام النفقة خلال الغياب للزوجة و أولادها إن وجدوا.

و غياب شرط واحد من الشروط الثلاثة يؤدي إلى عدم استجابة القاضي إلى طلبها، و واقعياً توفر هذه الشروط قليلا ما تجتمع ، و لعل المشرع قد شدد نوعًا ما وقيد طلبات الزوجات للتطليق بسبب

الغياب بذه الشروط حفاظًاعلى وحدة العائلات و حماية الأسر من التفكك، وهذا ما يضيق من أسباب التطليق هذا من جهة، ومن جهة أخرى نلاحظ أن الزوجة تستطيع تأسيس دعواها طالبة التطليق علـى الضرر اللاحق با بسبب عدم الإنفاق فتحصل على مبتغاها، أو تثبت أن الغياب قد أدى إلى تضـررها بجر زوجها لها ، وتخشى على نفسها الوقوع فيما حرم الله -الزنا والفاحشة أو حتى على الضرر المعتبر شرعًا – حسب تعبـير المشرع في المادة 53 و الفقرة 6.

و هنا أيضاً يثور السؤال حول مناط طلب التفريق لغياب الزوج.

فهل التفريق لتعنت الزوج بغيابه و قصد الإضرار لزوجته، لأنه غاب و لم يعلمها فيجب معاقبته بإمضاء الطلاق عليه؟، في هذه الحالة الغياب بدون عذر سبب معقول لطلب التفريق.

أما أن القصد من التفريق هو رفع الضرر عن الزوجة لأنا لا تستطيع العيش بعيدًا عن زوجها ؟.

فلا فرق عند الزوجة إن كان غياب زوجها لعذر أو بدون عذر [333]، فالأساس هو رفع الضرر الواقـع، وليس الضرر المتوقع الحدوث مستقبلاً.

---

[331] - علي علي سليمان النظرية العامة للالتزام -ديوان المطبوعات الجامعية- 1990 . ص 100.

[332] - فضيل سعد -شرح قانون الأسرة الجزائري "الزواج والطلاق"- نفس المرجع. ص 294.

**الفرع الثاني – نوع الفرقة بسبب الغياب :**

إن نوع الفرقة التي يوقعها القاضي لسبب الغياب عند المالكية تعتبر طلاقًا بائنًا، لأن كل فرقـة يوقعهـا القاضي يكون طلاقًا بائنًا إلا الفرقة بسبب الايلاء و عدم الإنفاق [334].

و هو ما أخذ به القانون الجزائري باعتبار أن المذهب المالكي في الغالب هو المعتمد في ق.أ.ج في حين أن هذا النوع من التطليق عند الحنابلة يعد فسخًا للزوج، لأن الفرقة التي تأتي من الزوجة تكـون فسـخًا، وبالتالي لا تكون هذه الفرقة إلا بحكم القاضي بعد أن تطلب الزوجة ذلك.

هكذا نستخلص أن المادة 110 من ق.أ.ج قد حددت المقصود بالغائب بقولها " الغائب هو الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو دارة شؤونه بنفسه، أو بواسطة مدة سنة، أو تسـبب غيابه في ضرر الغير... ".

ثم جاءت المادة 112 من نفس القانون لتخول للزوجة حق طلب التطليق بقولها " لزوجة المفقـود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناءًا على الفقرة 5 من المادة 53 من هذا القانون " ، فهذا النص أثبت حـق الزوجة في طلب التفريق للغياب مع إحالتها في تحديد شروط رفع دعوى طلب التطليـق في المـادة 53 الفقرة 5 التي حددت مدة الغيبة لسنة و أكثر و بدون عذر شرعي معقول مع غياب النفقة.

فإن توفرت الشروط السابقة حق للزوجة طلب التطليق و هنا نفرق بين بعض الحالات :

فإذا كان الغائب في مكان معروف يمكن الاتصال به بأية وسيلة ضرب لـه القاضـي أجـلاً مـعين [335]، ويعذره بأن يحضر إليها، أو ينقلها إليه أو يطلقها ، فإذا إنقضى الأجل و لم يفعل أمرًا مـن الأمور الثلاثة، وتأكد القاضي من إصرار الزوجة على طلب التفريق حكم بتطليقها طلقة بائنة [336]، رفعًا للضرر عن الزوجة.

أما إذا كان الزوج غير معلوم المكان و تعذر الاتصال به بمختلف الطرق فرق القاضي بينهما في الحال بعد التأكد من توفر الشروط الواردة في المادة 53 الفقرة 5 ق.أ.ج.

## المطلب الثالث - التطليق في حالة المفقود.

---

333 - عبد الرحمان الصابوني –شرح قانون الأحوال الشخصية السوري – مرجع سابق ص 79.

334 - وهبة الزحيلي -الفقه الإسلامي وأدلته - مرجع سابق ، ص 533.

335 - " حيث ضرب القاضي للزوج الهارب عن بيت الزوجية أجلاً بأربعة أشهر للعودة إلى مسكنه " بلحـاج العـربي – أبحـاث ومذكرات في القانون و الفقه الإسلامي –الجزء الأول –مرجع سابق -ص 299 .

336 - بلحاج العربي -شرح لقانون الأسرة الجزائري- مرجع سابق ص 299.

في الفصل السادس من الكتاب الثاني من ق.أ.ج و تحت عنوان المفقود و الغائب تناول المشـرع الجزائري أحكام الغائب و المفقود في المواد من 9 إلى 115.

حيث أورد في المادة 109 تعريفًا للمفقود بقوله " أنه الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا تعـرف حياته، أو موته و لا يعتبر مفقودًا إلا بحكم ".

ثم جاءت المادة 112 لتعطي لزوجة المفقود الحق في طلب التطليق بمراعاة الشروط الواردة في المـادة 53 السابق شرحها حيث تنص المادة 112 على أنه " لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء علـى الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون" .

الملاحظ مبدئياً أن المشرع قد جمع بين الغائب و المفقود في الكثير من الأحكام الواردة في المواد المذكورة، و نتطرق باختصار إلى تعريف المفقود، وحالة المفقود قبل الحكم بموته، ثم حتى يحكم بمـوت المفقود، وبعد ذلك حالة ظهور المفقود حيًا.

**أ- تعريف المفقود** :- **المفقود لغـة** : هو المعدوم.

- **شـرعًا:** هو الذي انقطعت أخباره و لا يعرف مكانه ولا يعلم حياته ولا موته [337]، أو هو الذي تجهل حياته، أو موته في أرض الإسلام [338].

- فالمفقود اسم لشخص غاب عن بلده و لا يعرف خبره أنه حي أم ميت، و قد يطلق علـى المفقـود بالغائب، لكن الغائب غالبا ما يكون في حالة مأمن و استقرار، بخلاف المفقود فهو عرضة للهلاك أكثر منه للسلامة.

- و أكثر ما يطلق إسم المفقود على من فقد في حالة الحرب، أو انحرف المسير به و هو في البحر فلـم تعلم حياته من موته أو تاه في الصحراء الكبرى، فهلاكه في هذه الحالة أغلب إلى الظـن مـن القـول بسلامته، أو وقوع كارثة في مكان تواجده كالزلزال مثلاً أو غارة جوية أو حريق مهول، وغير ذلك من الحالات.

**ب - حالة المفقود قبل الحكم بموته** : يعتبر المفقود حيًا و الحال يبقى مثلما كان عليه قبل فقده حـتى يصدر الحكم بفقده، فالمادة 109 تقول أن المفقود لا يعتبر كذلك إلا بحكم فما دام القاضـي لم يصـدر حكمًا بموت المفقود أو لم يصدر قرارًا من وزير الدفاع بذلك، فإنه يعتبر حياً و تبقى أمواله على ملكه

337 - البكري محمد عزمي - موسوعة الفقه و القضاء في الأحوال الشخصية مرجع سابق، ص 426.

338 - الإمام ابن رشد - بداية المجتهد و نهاية المقتصد- الجزء الثاني – مرجع سابق .ص 52.

وتجب عليه في ماله النفقة لزوجته و أولاده، وتبقى زوجته في عصمته ما لم يحكم القاضي بتطليقها عليه، بناءً على طلبها بعد مضي سنة فأكثر من غيبته، لتضررها من بُعْدِه عنها، أو لعدم إنفاقه عليها.

- و لما كانت حياة المفقود غير مؤكدة، و غير محققة فهي حياة إعتبارية فإنه وللاحتياط يحجز له نصيبه من تركة مورثه المتوفى أثناء فقده، كما يستحق الوصية إن كان موصى له لما كان محقق الحياة حتى ينجلي أمره و يظهر موته من حياة.

و الخلاصة " إن المفقود يعتبر حيا في حق الأحكام التي تضره و هي المتوقفة على ثبوت موته، ويعتبر ميّتا فيما ينفعه و يضر غيره، و هو ما يتوقف على حياته "[339].

و تنص المادة 111 من ق.أ.ج على أنه من واجب القاضي عندما يحكم بالفقد أن يحصر أموال المفقود، و أن يعين في حكمه مقدّما من الأقارب أو غيرهم ليسير أموال المفقود، و يتسلم ما إستحقه من ميراث أو تبرع ... " و معنى ذلك أن ما يرثه المفقود لو كان حاضراً، كنصيب في الشركة أو تبرع كموصى يدخل في ذمته المالية.

**جـ - متى يُحكم بموت المفقود** : تنص المادة 113 من ق.أ.ج على أنه " يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب و الحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري، وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة، يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات " و تنص المادة 114 بعدها على أنه "يصدر الحكم بفقدان أو موت المفقود بناءًا على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة ، أو النيابة العامة ".

ومن خلال ما تضمنته المادتان نلاحظ ما يلي :

يحكم بموت المفقود الذي يغلب عليه الهلاك، بعد أربع سنين من تاريخ فقده، بالإضافة إلى مدة إضافية أخرى للبحث عنه و التحري بمختلف الوسائل، خاصةً أنا حاليًا متطورة جدًا فالقاضي مقيد بمدة الأربع سنين مع شرط البحث و التحري بعدها فلا اجتهاد له في معرض النص، و عليه هذا القيد وارد سواءً في الحالات الاستثنائية كالحروب أو الكوارث الطبيعية، أو في ظروف السلم و الأمن العادية، كأن يكون المفقود قد سافر طالبًا للعلم أو ممارسا للتجارة أو عاملاً فللقاضي السلطة التقديرية لتحديد المدة بعد الأربع سنوات.

---

[339] - البكري محمد عزمي - موسوعة الفقه و القضاء في الأحوال الشخصية مرجع سابق، ص 428.

و تحديد السنوات الأربعة في المفقود يرجع إلى تشريع لعمر بن الخطاب ذلك فقد روى أن رجلاً استهوته الجن، فأتت امرأته عمر فأمرها أن تتربص أربع سنين ثم أمر وليه بعد أربع سنين أن يطلقهـا ثم أمرها أن تعتد فإذا انقضت عدتها تزوجت، فإذا جاء زوجها خيرُ بين امرأته و الصداق [340].

كما روى الإمام مالك في الموطأ أن عمر بن الخطاب قال : أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هـو؟ فإنها تنتظر أربع سنين، ثم تعتد أربعة أشهر و عشرًا ثم تحل [341] .

و جاء في بداية المجتهد " ... فقال مالك يضرب لامرأة المفقود أجل أربع سنين من يوم ترفع أمرهـا إلى الحاكم، فإذا انتهى الكشف عن حياته أو موته أو جهل ذلك، ضرب لها الحاكم الأجـل فـإذا انتـهى اعتدت عدة الوفاة أربعة أشهر و عشرًا وحلت ... " [342].

و هو نفس الموقف و الحكم الذي أخذه المشرع الجزائري في ق.أ.ج و ذلك ما يتضح من خلال نـص المادة 59 و التي مفادها " تعتد المتوفى عنها زوجها بمضي أربعة أشهر و عشرة أيام، وكذا زوجة المفقود من تاريخ صدور الحكم بفقده ".

فـهذه الأحكام تـترتب بعد صدور الحكم بموته حيث تعتد الزوجة عدة وفاة مصداقًا لقولـه تعالى : [ وَالذِينَ يُتَوَفَوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبصْنَ بِأَنفُسِهِن أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ] [343].

أما إذا كانت الزوجة حاملاً فعدتها تنقضي بوضعها حملها و هذا نادر الحدوث لعدم اسـتمرار أربع سنوات مع الإشارة أن الزوجة تدخل ضمن الورثة بعد صدور حكم الوفاة، انطلاقا من أن أسباب الإرث هي القرابة و الزوجية طبقا للمادة 126 من ق.أ.ج . ويستحق الإرث بموت المورث حقيقـة أو باعتباره ميتًا بحكم القاضي ( المادة 127 من ق.أ.ج ).

**د - حالة ظهور المفقود حيًا** : إذا ظهر المفقود حيًا بعد الحكم بموته سواء حضر أو لم يحضر فإن ذلـك يؤدي إلى ثبوت حقه في زوجته قائم ما لم تتزوج دون عقد جديد.

- و إن كانت قد تزوجت بغيره بعد الحكم وبعد انتهاء عهدتها و لم يدخل بها، فإنها تعود إلى المفقـود لأن زوجيته قائمة، و ظهر أن الأساس الذي قام عليه الحكم غير صحيح بل باطل فتعود إليه.

---

[340] - البكري محمد عزمي - موسوعة الفقه و القضاء في الأحوال الشخصية مرجع سابق ص 428.

[341] - الإمام مالك بن أنس -الموطأ- الجزء 1 – مرجع سابق. ص 575.

[342] - الإمام ابن رشد - بداية المجتهد و نهاية المقتصد- الجزء الثاني – مرجع سابق. ص 52.

[343] - جزء من الآية 234 من سورة البقرة.

- أما إذا كان الثاني قد دخل بها و كان حسن النية أي أنه لا يعلم، و يجهل قيام حياة المفقـود وقـت العقد فإن الزوجة تكون له لأنه تزوجها بعقد شرعي بناءًا على حكم قضائي وبالتالي لا يفسخ العقد.
- أما إذا كان دخل بها و ثبت أنه سيئ النية، أي أنه كان يعلم بأن المفقود حيًا و سيعود يومًا وعلمه بحياة المفقود وقت العقد فإنها تكون للمفقود، وهذا هو ملخص رأي الإمام مالك [344].

[344] - البكري محمد عزمي –موسوعة الفقه و القضاء- مرجع سابق ص 437 و ما بعدها.

## الفصل الثاني : التطليق للضرر المعتبر شرعا و الفاحشة .

من خلال استعراض نص المادة 53 الفقرة السادسة و السابعة و التي تنص على جـواز طلـب الزوجة التطليق لكل ضرر معتبر شرعا، ولاسيما إذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادتين 8 و37 و كذلك في حالة ارتكاب الزوج لفاحشة مبينة .

نلاحظ أن المشرع قد توسع نسبيا في مفهوم الضرر الذي يصيب الزوجة و هو الذي يؤدي إلى النزاع و الشقاق بين الزوجين، سواءا كان الضرر الذي يصيب الزوجة ناتج عن القول أو الفعل وكـذا الذي ينتج عن سلوك سلبي أو إيجابي من الزوج.

قد يكون الخلاف و الشقاق بين الزوجين راجع لنشوز الزوجة وعدم طاعتها، وقد يكون ذلـك بسبب تصرف الزوجين معًا دون معرفة المتسبب منهما فيه، ويمكن أن يكون مرجعـه نشـوز الـزوج وكراهيته لزوجته فيدفعه ذلك للأضرار بها.

وقد عالج القرآن الكريم هذه الحالات الثلاث بأحكام خاصة، فشرع لكل حالة ما يناسبها مـن العلاج.

**أ- حالة نشوز الزوجة** : قال تعالى { وَاللاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُن فَعِظُوهُن وَاهْجُرُوهُن فِي الْمَضَـاجِعِ وَاضْرِبُوهُن فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلا تَبْغُوا عَلَيْهِن سَبِيلا إِن اللهَ كَانَ عَلِيا كَبِيرًا }[345].

**ب- حالة الشقاق** بين **الزوج**ين : قال تعالى { وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلاحًا يُوَفقْ اللهُ بَيْنَهُمَا إِن اللهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا }[346].

**جـ - حالة نشوز الزوج** : { وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَـلا جُنَـاحَ عَلَيْهِمَـا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصلْحُ خَيْرٌ }[347].

و سنتناول بالبحث حالة نشوز الزوج و إضراره بالفعل أو القول للزوجة مع حالة الشقاق بـين الزوجين و كيفية الصلح و بعث الحكمين، في مبحث أول دون التطرق إلى حالـة نشـوز الزوجـة بـحكم أن علاج ذلك هو الموعظة و الهجر في المضجع بغرض التأديب و الضرب غير المبرح، وذلـك أمر يدخل في إطار حق الزوج في تأديب زوجته وخارج عن موضوعنا، بل وسبقت الإشارة إليه.

أما المبحث الثاني فنتناول فيه ما أشار إليه المشرع الجزائري في قانون الأسرة من إحالة إلى المادة 8 من ق.أ.ج التي تقضي بأنه " يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية، متى وجد مبرر شرعي و توفرت شروط و نية العدل، ويتم ذلك بعد علم كل من الزوجة السابقة و اللاحقة، و لكل واحدة الحق في رفع دعوى قضائية ضد الزوج في حالة الغش والمطالبة بالتطليق في حالة عدم الرضا ".

أما المادة 37 من نفس القانون فتقضي بـ " يجب على الزوج نحو زوجته :

1- النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها.

2- العدل في حالة الزواج بأكثر من واحدة ".

و كلتا المادتين تشملان حالة تعدد الزوجات و حكمته و شروط التعدد حسب ق.أ.ج وذلك ما نتناوله في مطلبين.

أما المبحث الثالث فنخصصه للفاحشة المبينة التي أوردها المشرع الجزائري في الفقرة الأخيرة من المادة 53 من ق.أ.ج المقصود منها و بعض الصور التي تلحق بالفاحشة كالزنا والخمر.

## المبحث الأول : التطليق للضرر في حالة الشقاق.

المقصود بالشقاق هو النزاع الشديد بسبب الطعن في الكرامة. و الضرر هو إيذاء الزوج لزوجته بالقول أو بالفعل، كالشتم المقذع و القبيح المخل بالكرامة و الضرب المبرح، والحمل على فعل ما حرم الله و الإعراض و الهجر من غير سبب يبحه و نحوه [348].

و الضرر بالقول هو ما كان في صورة شتم و إهانة لا تليق بكرامة الإنسان، و ليس مجرد شتم صادر عن موجة غضب أو عاصفة عصيبة يمر بها الزوج يمكن لها تحمل ذلك ، بل يجب أن يرقى إلى مستوى الخطورة و تتجاوز المعاشرة بالمعروف و تتأثر الزوجة بحزن عميق.

أما الضرر بالفعل فهو التصرف الذي يمس جسم الزوجة كالضرب و الجرح و غير ذلك .

- بالإضافة إلى ذلك عدم القيام بالواجبات الشرعية مما يسمح للزوجة عندها برفع دعوى التطليق للضرر الواجب إثباته من طرفها. و هذا ما نتطرق إليه في مطلبين أساسيين :

**المطلب الأول - التطليق للضرر في حالة النشوز :**

لقد ورد في نص المادة 53 الفقرة 6 على جواز طلب الزوجة التطليق للضرر المعتبر شرعًا، والضرر مصدره الزوج بالقول أو الفعل أو بعدم أداء الواجب تجاه الزوجة، حسب مقتضيات الزواج، ويكون ذلك عند نشوز الزوج .

فالنشوز في اللغة هو الارتفاع، مأخوذ من النشْز ، وهو ما إرتفع عن الأرض وعلا. وجاء في لسان العرب : النشْز و النشَز ( بإسكان الشين وفتحها ) المُتن المرتفع من الأرض [349].

فالنشوز هو جحود الزوجية بغير سبب شرعي [350]، و هو عدم امتثال أحد الزوجين لأحكام عقد الزواج، والناشز هو الذي يعلو على الزوجية[351]، ورفض تنفيذ أحكام القضاء الملزمة له بذلك، وذلك ما يؤدي إلى تضرر الزوجة إنطلاقا من أن واجبات الزوج الزوجية هي حقوق للزوجة وغيابا أو بعضها يولد ضرر للزوجة، والضرر لا يجبر إلا بالطلاق وذلك ما أورده المشرع الجزائري في المادة 55 من ق.أ.ج بقوله "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر".

* فإن تأذت الزوجة من طرف زوجها فهل يحق لها طلب التفريق ؟.

---

348- وهبة الزحيلي -الفقه الإسلامي وأدلته - مرجع سابق ، ص 527.

349- إبن منظور -لسان العرب – جزء 6 – مرجع سابق، ص 4425.

350- أبو زهرة – الأحوال الشخصية – مرجع سابق .ص 277.

- أبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص- الجزء 2- أحكام القرآن – دار الكتاب العربي بيروت –ص189.

351- الإمام أبي حامد محمد بن محمد الغزالي – إحياء علوم الدين – الجزء الثاني –مرجع سابق-، ص 38.

- **ففي الفقه الإسلامي** : - الأحناف يقولون أنه ليس للمرأة طلب التفريق، بل أن القاضي لا يستجيب لطلبها، إنما لها أن تطلب تعزير زوجها، و يقوم القاضي بنهي الزوج، و يطلب منه حسن المعاشرة، و إن عـاد إلى الإضرار بها عزره القاضي بما يراه زاجـرًا لـه [352]، وهو ما ذهب إليه أيضا الشافعية.

أما مذهب المالكية فيقول أن للمرأة الحق في رفع أمرها إلى القاضي إذا كان الزوج يضرها، فإن طلبت زجر الزوج، وَعَظَهُ القاضي، فإن عادت ثانية لتخبر القاضي بأن الزوج لم يتوقف عن إيـذائها و استمر الحال على ما هو عليه، بعث القاضي إليهما بحكمين بغرض الإصلاح، فإن تعذر ذلـك طلـق الزوجة [353] بغير عوض.

و قد أخذ ق.أ.ج بجواز التطليق للضرر الذي يلحق الزوجة معتنقا بذلك ما ذهب إليه المالكية، حيـث ذكر "كل ضرر معتبر شرعاً " و ذلك يؤدي إلى طرح سؤال عن المقصود بهذا المصطلح ؟ ؟ ؟.

إن المشرع الجزائري أورد عبارة عامة و شاملة و لم يتقيد بضرر معين، بحيث أن سلطة تقـدير القاضي للضرر سلطة تقديرية و موضوعية مطلقة، و لا يقيدها أي قيد و لا تخضع لرقابـة النقـض ولا يخضع فيها القاضي لرقابة المحكمة العليا [354].

و حسنا فعل المشرع الجزائري نظرًا إلى أن ما يعتبر ضرر لزوجة قد لا يكون كذلك بالنسـبة لأخرى، و إن الضرر المعتبر شرعاً في زمن و عند جماعة معينة، قد لا يكون كذلك عند جماعة أخرى أو في وقت أخر، مع الإشارة أن القواعد العامة في الشريعة الإسلامية لم تحدد أنواعاً معينة من الضـرر [355] فنستطيع القول أن العبارة مرنة صالحة التطبيق من طرف القاضي، وسلطته التقديرية لكل حالة تعـرض عليه حسب ظروفها و ملابساتها، مادام القانون الجزائري لم يذكر معيارًا أو ميزانًا معيّنًا للتميز بين الفعل الضار و غير الضار.

و عليه فإن تقييم الفعل يجب أن يكون من وجهة نظر اجتماعية وثقافية محضة فالمعيار شخصي، ومهمة القاضي قد تصعب و تكون شاقة في بعض الأحيان، خاصة و نحن في زمن قلت فيـه الأمانـة وضعفت النفوس، وطغت المادة و سيطرت على التمع المنفعة و الأنانية، و باسم التطور تم الانسـلاخ

---

352- بدران أبو العينين بدران - الفقه المقارن للأحوال الشخصية – مرجع سابق، ص 444.

353- بدران أبو العينين بدران - الفقه المقارن للأحوال الشخصية – نفس المرجع، ص 445.

354- عبد العزيز سعد – الزواج والطلاق في ق.أ.ج - مرجع سابق، ص 270.

355- عبد العزيز سعد – الزواج والطلاق في ق.أ.ج – نفس المرجع، ص 270.

عن القيم الدينية الإسلامية فكثر الفجور و الجحود و العصيان، حتى أصبح المجتمع تابعا للحضارة الغربية المادية و أصبح الكثير من الحرام مباحا باسم التحضر و التطور المزيف.

**المطلب الثاني - شروط التطليق للضرر في ق أ ج :**

بالرجوع إلى المادة 53 الفقرة 6 التي تنص " يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا، ولاسيما إذا نجم عن مخالفة الأحكام الواردة في المادتين 8 و 37 أعلاه " وبالاستناد إلى المواد 55 و 56 نلاحظ ما يلي :

- إن المادة 8 و كذا 37 تتحدثان عن شروط قانونية وضعها المشرع الجزائري بشأن تعدد الزوجات، و هو أمر نتحدث عنه لاحقا.
- إن شروط التطليق للضرر يمكن إجمالها فيما يلي :

1- وقوع ضرر من الزوج.

2- أن يعجز القاضي عن الإصلاح بين الزوجين بعد عرض الصلح عليهما، ثم عن طريق الحكمين عند عدم ثبوت الضرر.

3- أن تطلب الزوجة من القاضي التطليق.

تلك هي الشروط التي نفصلها في الفروع التالية :

**الفرع الأول – وقوع الضرر من الزوج كشرط أول :**

**أ- المقصود بالضرر** : لم يعرف المشرع الجزائري الضرر، بل اكتفى بذكر عبارة " كل ضرر معتبر شرعاً " و ما دام تعريف الضرر غائب في نص القانون وجب الرجوع إلى الأصل التشريعي و هو المذهب المالكي لبيان الضرر.

إن المنصوص عليه في المذهب المالكي، أن ضرر الزوج بزوجته يتمثل في كل إيذاء بالقول والفعل، حيث تعد معاملة الرجل في العرف معاملة شاذة ضارة، تشكو منها المرأة أو لا تطيق الصبر عليها [356]، فهذه المعاملة القاسية كثيرة الأسباب و متعددة النواحي، والأمر فيها متروك لقاضي الموضوع يقدرها دون رقابة عليه من المجلس الأعلى للقضاء، متى أقام أحكامه على أسباب سائغة.
أما كثرة الضرر و كميته فقد نقل عن الإمام مالك قوله : " و ليس عندنا في كمية الضرر و كثرته شيء معروف " [357].

ومن صور الأضرار الاعتداء عليها بالضرب المبرح، المفضي ربما إلى عاهة عند تجاوز حدود الضرب التأديبي، أو السب و الشتم ، و إكراهها على فعل المحرمات، وهجرها، وتولية الظهر لها في الفراش، أو قطع الكلام عنها و غير ذلك.
ومعنى ذلك أن الضرر قد يكون إيجابيا كالتعدي بالقول و الفعل ،وقد يكون سلبيًا بهجر الزوج لزوجته و منع الكلام معها [358].

و نحن بصدد الحديث عن الضرر يطرح سؤال هام هو: هل أن كل ضرر مهما كان يجيز للمرأة طلب التطليق ؟.
للإجابة نورد بعض الأمثلة للضرر الذي يجيز التطليق، و أمثلة أخرى لما لا يعد ضررًا يجيز التطليق حتى تتضح الأمور و نستخلص في النهاية ضرورة بلوغ الضرر حدًا معتبرًا من الجسامة.

**ب- أمثلة للضرر الذي يجيز التطليق** :

1- تعدي الزوج على الزوجة بالضرب أو السب بشرط ألا يكون الضرب بقصد التأديب وفي الحدود الشرعية لاستعمال هذا الحق، لأنه إذا كان كذلك فإنه لا يتحقق به الضرر الذي يجيز التطليق.
2- الهجر و المقصود به هنا الغيبة عن بيت الزوجية مع الإقامة في بلد واحد، فهو هجر قصد به الأذى، لأن الهجر من أشد أنواع الضرر، و لأنه يترك الزوجة بلا عشير يؤنسها تئن من الوحدة والوحشة و تبقى كالمعلقة لا هي متزوجة ولا هي مطلقة مما يعرضها للفتنة.

---

356- البكري محمد عزمي –موسوعة الفقه و القضاء - مرجع سابق ص 299.
357- عبد الرحمان الصابوني –شرح قانون الأحوال الشخصية السوري – مرجع سابق ص 88.
358- البكري محمد عزمي –موسوعة الفقه و القضاء – نفس المرجع، ص 299.

و لا مجال هنا لقياس مدة الهجر على مدة الغياب المنصوص عليها في الفقرة الخامسة من المادة 53 وهـي سنة بدون عذر و لا نفقة، لأن الهجر هنا مع الإقامة في بلد واحد الذي تقييم به الزوجة قصد به الأذى [359].

3- إتيان الزوجة كرها في غير موضع الحرث أو الولد، أي في الدبر، و هو أمر محرم شرعًا فقد قال تعالى { فَأْتوهُن مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمْ اللهُ } وقال أيضا { فَأْتوا حَرْثَكُمْ أنى شِئْتُمْ } و يقو ل الرسـول ε ☉ ملعون من أتى امرأته في دبرها ★ .

و روي عن النبي ε أنه قال ☉ الذي يأتي امرأته في دبرها هي اللوطة الصغرى ★.

وقال ε أيضا ☉ سبعة لا ينظر الله إليهم يوم القيامة و لا يزكيهم و يقول ادخلوا النار مع الـداخلين: ومنهم ناكح المرأة في دبرها ... ★ [360].

و من هنا يتضح أن إتيان المرأة في دبرها عمل شنيع و جرم فضيع، لا يقره شـرع و لا يقبلـه عقـل، ومفاسده لا تعد و لا تحصى، و تأثيره على الزوجة خطير وشديد و يجوز لها شرعا و قانوناً طلب التطليق لذلك.

4- تحريض الزوجة على ارتكاب المحرمات،مثل تحريضها على ممارسة الـدعارة، أو مجالسـة الرجـال الأجانب، أو احتساء الخمر و ما شابه ذلك، وهي تعد من الكبائر التي حرم الله القيام بـها، فالـدعارة والزنا و الخمر هي قمة الكفر و عليها تقام الحدود الشرعية و العقوبات القانونية، و أعتقد أنه لا ضـرر أكثر منها، و أي زوج يجبر زوجته على ذلك فيحق لها عدم طاعته، فلا طاعة لمخلوق في معصية الخالق و يطلقها القاضي حفاظاً على شرفها و سمعتها بعد طلبها و إثبات ذلك.

و يمكن إضافة تحريضه لها على ارتكاب الإجرام المتنوع.

5- اتهام الزوج لزوجته تهمة تخدش كرامتها و تمس شرفها، و تطعن في سلوكها و أخلاقها، فإن ذلـك يفسد العشرة الزوجية، ويلحق ضررًا كبيرًا بها كأن يدعي أن زوجته كانت على علاقة غير شرعية بـه قبل الزواج و حملت منه، و اتهامها بالزنا و غير ذلك مما يخول لها طلب التطليق.

6- ممارسة الزوج لبعض السلوكات الشنيعة الماسة بشرف و سمعة العائلة، حيث يتعدى أثرها السيئ إلى الزوجة فتضرر أيما ضرر بذلك، كأن يضبط في شقة للقمار مرتكبا فعلاً فاضحًا، أو ضبط امـرأة مـع

---

[359]- البكري محمد عزمي –موسوعة الفقه و القضاء - مرجع سابق .ص 304.

[360]- عبد الرحمان الجزيري – كتاب الفقه على المذاهب الأربعة – كتاب الحدود – الجزء الخامس –دار الفكر مصر – 1392 هـ، ص 147.

الزوج في م ل الزوجية في حالة سكر َبيّن ، مما يولد الشك و يبعث الريبة في نفس الزوجة، ويكون ذلك تحديا لعواطف الزوجة، و جرحاً مؤلماً و متعمدًا لها بقصد الإضرار با و بالتالي يجوز لها طلب التطليق.

7-إفشاء الزوج للأسرار التي بينه وبين زوجته، و لا يفعل ذلك إلا من لا يبالي بما بينه و بين زوجته من علاقة مقدسة، و ميثاق غليظ، وعادة ما يلجأ الزوج إلى مثل هذه السلوكات و التصرفات عندما يصل بغضه لزوجته ذروته.

8- تبديد الزوج لجهاز زوجته، وأخذ و سرقة أو ابتزاز أمولها [361] و في ذلك اعتداء على حقوقها المالية القانونية و انتهاك حرية التصرف في مالها ( المادة 38 فقرة 2 ) وهي حرية محمية قانوناً، وتمليها مقتضيات العدالة و هي الهدف النهائي للقانون [362]، و العدالة تقضي بإزالة الضرر، حيث أجاز القانون للزوجـة طلب التطليق متى اعتدى الزوج على أموال و ممتلكات الزوجة، وتم إثبات ذلك لأن العبرة في التطليـق للضرر هو تحقيق وقوعه و لا يهم توقع زواله أو محو أثاره.

هذه جملة من الأمثلة عن أنواع الأضرار التي يمكن أن تلحق الزوجة، و التي تسمح لهـا طلـب التطليق و هي واردة على سبيل المثال لا الحصر، انطلاقا من أن مفهوم الضرر المعتبر شرعاً يتغير حسب البيئات الاجتماعية، و من عقد إلى آخر، وحتى من زوجة إلى أخرى، فما يكون ضررًا ثقيل الوقع عنـد زوجة قد لا يكون كذلك عند أخرى. و بقي أن نشير إلى حالة ذكرها المشرع الجزائري في الفقرة 6 من المادة 53 و هي حالة تعدد الزوجات و نتحدث عنها لاحقا، بالإضافة إلى حالة الشقاق و الـ اع بـين الزوجين و دور الحكمين في محاولة للصلح سوف يأتي الحديث عن ذلك فيما بعد أيضاً.

وقد ذهبت المحكمة العليا في عدة أحكام لها إلى إثبات حق المرأة في طلب التطليق عند كل ضرر معتبر شرعا منها :

1- " حيث أن لقضاة الموضوع الحرية المطلقة في تقدير وسـائل الإثبـات، الـتي أوكلـها القـانون لاجتهادهم المطلق ... وما دام قد ثبت تعدي الزوج على زوجته بالشتم و الضرب المـبرح والعنـف صارت علاقتها الزوجية أمرًا مستحيلا وهي أسباب كافية لتبرير تطليقها " [363].

2- " إن إدانة الزوج بسبب ضربه لزوجته يعتبر ضرراً حسب الفقرة 6 من المادة 53 من ق.أ.ج، ومن ثم يجوز تطليق الزوجة لهذا السبب " [364].

---

[361]- البكري محمد عزمي –موسوعة الفقه و القضاء - مرجع سابق ص 313.

[362]- فلسفة القانون – هنري باتيفول – ترجمة سوحي فوق العادة – طبعة أولى 1972 دار منشورات عويدات بيروت – ص 104.

[363]- م.ع غ.ق.خ 17-02-1971 – ن.ق .1972 عدد 2 ص 53.

3- "من المستقر عليه أن استفحال الشقاق بين الزوجين يقضي بالتفريق القضائي ... والزوجة تضررت من جراء استفحال الخصام مع زوجها لمدة طويلة مما نتج عنه إصابتها بمرض الأعصاب وأصبحت الحياة مستحيلة بينهما ... فإن القضاة بقضائهم بتطليق الزوجة لهذا السبب كافي للتفريق القضـائي طبقـوا صحيح القانون " [365].

4- "من المقرر قانونا أنه يحق للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا، ومن المقرر أيضا أنه: في حالة الطلاق قد يحكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرر ( المادة 55 من ق.أ.ج) و لما كـان ثابتـا أن الضرر اللاحق بالزوجة كان مبالغ فيه متعسفا من طرف الزوج، فإن تطليق الزوجة وحده لا يكفي لجبر الضرر وتعويضها مقابل الأضرار اللاحقة بها... " [366].

وهناك الكثير من مثل هذه الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا كلها تجمع على تطليق الزوجة عند كل ضرر معتبر شرعا في صوره المختلفة، و إلى ذلك ذهبت محكمة النقض المصرية في عدة أحكام حديثة نسبيا لها منها :

1- " التطليق للضرر مناطه تحقق وقوع الضرر، والتفرقة بين الزوجة المدخول بها و غير المدخول بها لا محل له " [367].

2- الضرر معياره شخصي، تقديره بما يجعل دوام العشرة مستحيلا . موضوعي مـن سـلطة قاضـي الموضوع . اختلافه باختلاف بيئة الزوجين " [368].

3- الضرر الموجب للتفريق : ماهيته إيذاء الزوج زوجته بالقول أو الفعل ..." [369].

**جـ - بعض الأمثلة التي لا تعد ضررًا** تجيز **التطليق** :

هناك جملة من التصرفات و السلوكات التي يأتيها الزوج و لا تفرز ضررًا واضحًا يؤثر على الزوجة يمكن ذكر بعضها باختصار :

---

[364]- م.ع غ.أ.ش 16-01-1996 –ملف رقم 127948 ن.ق . عدد 54 ص 100.

[365]- م.ع غ.أ.ش 24-09-1996 –ملف رقم 139353 المجلة .ق لعام 1997. عدد 2 ص 66.

[366]- م.ع غ.أ.ش 23-12-1997 –ملف رقم 181648 م.ق . عدد 1 ص 49.

[367]- محكمة النقض المصرية – طعن رقم 79 لسنة 58 ق. أحوال شخصية . جلسة 13-11-1990. من كتاب محمد عزمي البكـري -موسوعة الفقه و القضاء في الأحوال الشخصية –مرجع سابق ص 824 و ما بعدها.

[368]- محكمة النقض المصرية – طعن رقم 99 لسنة 59 ق- أحوال شخصية - جلسة 05-02-1991 -من كتاب موسعة الفقه للبكري محمد عزمي- ص 824 و ما بعدها.

[369]- محكمة النقض المصرية – طعن رقم 79 لسنة 59 ق- أحوال شخصية - جلسة 18-02-1992. من كتاب موسعة الفقه للبكري محمد عزمي - ص 824 و ما بعدها.

أ - تعاطي المخدرات [370] شريطة ألا تؤثر في معاملته لزوجته، رغم أن خطر المخدرات عظيم و الزوجة الصالحة هي التي تحاول معالجة زوجها للابتعاد عنها نهائيا.
ب - و كذلك ممارسة الزوج لأعمال الشعوذة و الدروشة، إذا كان يمارسها بعيدًا عن مسكن الزوجية، وهو أمر منتشر، و الكثير يتخذ منه مصدر رزق.
جـ - إسكـان الزوج زوجة أخرى عند التعدد بمسكن الزوجية بعد مغادرة زوجتـه له اثر خـلاف بينهما.
د- هروب الزوج من الخدمة العسكرية، ومرض الزوج البسيط أي المرض العـابر الغـير مسـتحكم كالأمراض التناسلية التي يمكن الشفاء منها.
هذه بعض الأمثلة البسيطة التي لا تسمح للزوجة برفع دعوى تطليقها من زوجها، لأن الكثير منها يدخل في الحياة اليومية، و بالتالي لا يمكن إدراجها ضمن الضرر المعتبر شرعاً.
و مهما كان الأمر فإن السلطة التقديرية متروكة لقاضي الموضوع الذي تعرض عليه، حيث يستكشـف عن ملابسات القضية، ومدى خطورة الضرر و تأثيره على الزوجة حتى يجيب الزوجة لطلبها من عدمه.

**ر- أحكام خاصة بالضرر** :

جملة من النقاط تتعلق بالضرر كأحكام نذكر بعضها باختصار:
1-وجوب وقوع الضرر من جانب الزوج و بعبارة أخرى فإنه يشترط أن يكون الضرر الواقـع علـى الزوجة صادرًا من الزوج، ومن غير المعقول أن تطلب الزوجة التطليق إذا كان مصدر الضرر أجنبي عن الزوج، مثل والدي الزوج و أقاربه، و عندها قد تطلب الزوجة من زوجها الحماية، كما لا يمكن لها رفع دعوى التطليق إذا كانت هي المتسببة في الضرر، بل ذلك يؤدي إلى ميلاد الشقاق بين الزوجين، وعندها يجب على القاضي البحث في المتسبب فيه، ويحاول الصلح بينهما وكشوط أول، وإلا فإنه يبعث بحكمين إذا كان الخصام والشقاق بينهما قد بلغ الذروة "المادة 56 من ق.أ.ج " كشوط ثاني .
ومن جهة أخرى إذا كانت الزوجة هي الجاحدة للأحكام عقد الزواج و تتصرف بشكل يولـد النـزاع بينهما، قد تصنف تصرفاتها على أنها تدخل تحت طائلة النشوز، و بالتالي عدم طاعتها لزوجهـا، ولهذا الأخير حق التأديب عسى ذلك يؤدي إلى علاج الشقاق و النزاع بين الزوجين.

---
[370]- البكري محمد عزمي –موسوعة الفقه و القضاء - مرجع سابق ص 316.

2- يجب أن يكون الضرر واقعا على الزوجة و تقوم بإثبات ذلك، حتى تسمع دعواها في طلب التطليق، أما إذا و قع الضرر من الزوج على والدي الزوجة و أقاربا و غيرهم فلا يجوز لها طلـب التطليـق [371] فإثبات قيام الزوجية شرط أولي أساسي لسماع دعوى التطليق.

3- يجب أن يكون الضرر متعمدًا، بمعنى أخر أن التصرف الصادر من الزوج يكـون مصـدرًا للضـرر مربوط بإرادة الزوج، بحيث قام به عمدًا و قصدًا سواء بالفعل أو القول كما سبق ذكره، أما الأمور التي تتضرر منها المرأة لكن ذلك خارج عن إرادة ورغبة الزوج، أو حدثت رغمًا عنه وفوق طاقته، فلا يجوز لها طلب التفريق.

فالأصل التشريعي للمادة 53 الفقرة 6 هو المذهب المالكي الذي يبيح للزوجة طلب التفريق إذ ما ضارها زوجها بأي نوع من أنواع الإيذاء التي تتمخض كلها في أن للزوج مدخلا فيها و إرادة متحكمة في اتخاذها و بالتالي فالقاضي يتأكد من أن الضرر ناتج عن فعل الزوج العمدي المفضي إلى الإضـرار بالزوجة وهو في مرتبة السلطان، و السلطان يطلق للضرر [372].

4- لا يشترط وقوع الضرر بعد الدخول،فيجوز إذن أن يقع الضرر قبل الدخول، ذلك أن سوء العشرة يتحقق بين الزوجين اللذين لم يتعاشرا معاشرة الأزواج بزفاف ودخول، بل أن طلب التطليق للضـرر قبل الدخول أوجب قبل أن تسوء العاقبة، وتتردى الحالة الزوجية و يصبح الزواج غيـر موفق، وأبسط مثال على ذلك ترك الزوج لزوجته دون دخول، رغم العقد عليها فيذرها كالمعلقة لا هي متزوجة و لا هي مطلقة.

و المأخوذ من مذهب الإمام مالك هو أنه لا يفرق بين الزوجة المدخول با و غير المدخول با في طلب التطليق للضرر، فتسمع الدعوى به من كليهما [373]، والمثال الواقعي لذلك تعلل الزوج بعدم العثور على مسكن مناسب، فهو أمر لا دخل لها فيه، ومن واجبه توفير المسكن، و التراخي عمـدًا يصـيب الزوجة بأبلغ الضرر. وقد قضت المحكمة العليا ذلك بقولها " من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجـة طلـب التطليق مع التعويض لوجود ضرر مبرر شرعاً ولما ثبت أن قضية الحال تتعلق بزواج تام الأركان، إلا أن

---

371- البكري محمد عزمي –موسوعة الفقه و القضاء - مرجع سابق ص 320.

372- الإمام ابن رشد - بداية المجتهد و نهاية المقتصد- الجزء الثاني – مرجع سابق ص 98.

373- البكري محمد عزمي –موسوعة الفقه و القضاء - مرجع سابق ص 322.

الزوج تأخر عن الدخول بزوجته لمدة 5 سنوات، فإنه بذلك، يعتبر تعسفا في حقهـا ويـبرر التعـويض الممنوح لها "[374].

5- عدم اشتراط تكرار الضرر فإن حدث و أن لحق الزوجة ضررًا معتبرًا شرعًا مرة واحـدة باعتـداء الزوج عليها بالفعل أو القول، كان ذلك كافيا لطلب التطليق، و في ذلك قضت محكمة ا لنقض المصرية –دائرة الأحوال الشخصية بأن :

" المقرر في فقه المالكية أن للزوجة طلب التطليق إذا أوقع الزوج بها أي نوع من أنواع الإيذاء، بالقول أو الفعل، الذي لا يكون عادة بين أمثالهما ولا يستطاع معه دوام العشرة بينهما، و أنه لا يشترط لإجابتها إلى طلبها وفق المشهور عندهم أن يتكرر إيقاع الأذى بها بل يكفي لذلك أن يثبت أن زوجها أتى معها مما تتضرر منه و لو لمرة واحدة "[375].

6- العبرة و المناط في الضرر تحققه أي وقوعه فعلاً، و تتضرر منه الزوجة ولا عبرة بإزالته، بل أن إزالته لا يسقط حق الزوجة في طلب التطليق.

و بمفهوم المخالفة لا يجوز للزوجة أن تطلب التطليق متذرعة بضرر ممكن الحدوث مسـتقبلاً، فـالعبرة بالضرر الواقع في الحال و ليس المتوقع في المآل.

**الفرع الثاني - كون الضرر مما لا يستطاع معه دوام العشرة :**

أن المقصود بهذه العبارة أن تكون العشرة بين أمثال الزوجين مستحيلة لسبب الضـرر، بـل أن الضرر المعتبر شرعاً هو الذي يؤدي إلى الشقاق والنزاع، مما ينتج عنه استحالة استمرار المعيشة المشتركة بينهما [376] وعلى هذا فإذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام الحياة الزوجية، وقامت بإثبات دعواها يطلقها القاضي طلقة بائنة إذا عجز عن الإصلاح بينهما.

ومعنى ذلك أن الضرر الذي يجيز التطليق يجب أن يبلغ درجة معينة من الجسامة، أما الإسـاءة العاديـة اليومية التي لا تكاد أسرة تخلوا منها، لا تتخذ سبباً موجباً للتفريق حفاظاً على الأسرة مـن الانحـلال وضياع الأولاد، و الرابطة الزوجية المقدسة، وعلاقة المصاهرة و مصلحة المجتمع، بالإضافة إلى ما تقـدم فإن معيار الضرر الذي يؤدي إلى استحالة دوام العشرة بين أمثال الزوجين معيار شخصـي لا مادي

---

[374]- م.ع غ.أ.ش ملف رقم 135435 في 23-04-1994. م.ق 1998. عدد 1 ص 129.

[375]- طعن رقم 27 لسنة 50 قضائية – أحوال شخصية -جلسة 1978/11/31 من كتاب–موسوعة الفقه و القضاء - البكري محمـد عزمي - مرجع سابق. ص 322.

[376]- العربي بلحاج - شرح قانون الأسرة الجزائري-مرجع سابق .ص 302.

ويختلف باختلاف بيئة الزوجين و ثقافتهما، و وسطهما الاجتماعي فما يعتبر ضرراً يستحيل معـه دوام العشرة في بيئة أو ثقافة أو وسط اجتماعي قد لا يعتبر كذلك في غيره.

فإن كان الزوجان مثلاً من بيئة اجتماعية واحدة و متشابهان في المنشأ و العـادات و التربيـة، وبعيشهما في مجتمع متدهور الأخلاق، و متشبع بالرذيلة، و بعيد عن الفضيلة، وأنما من وسط يـألف سوء سيرة الأزواج و ضعاف الخلق و الدين، فإن الزوج عندما يشتم و يسب و يضرب الزوجة فـالأمر عادي جداً و لا يكون ما بدر منه مما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما، بل أن الرجل أحياناً يرى في مثل هذه السلوكات نوعاً من إبراز الرجولة، و فرض السيطرة و المرأة ألفت ذلك.

و بالتالي فإن تأثير ذلك على الزوجة يكون بسيطا، و العكس تماماً يحدث لو كان الزوجـان في درجـة عالية من الثقافة و العلم و الأخلاق و الدين، فإن الزوجة ترى أن الشتم و السب و الضرب من الـزوج كارثة تؤدي إلى استحالة الاستمرار في الحياة المشتركة.

و عموما فإن تقدير الضرر يكون بمعيار شخصي، بحيث أن ما يؤثر على زوجة تأثير كبيراً قد لا يكون كذلك عند زوجة أخرى فالأمر يختلف حسب الزمان و المكان.

وفي كل ذلك الأمر متروك لقاضي الموضوع دون رقابة عليه من المحكمة العليا متى أقام قضـاءه علـى أسباب سائغة معقولة مستمدة مما له أصل ثابت بالأوراق، وفي ذلك قالت محكمة الـنقض المصـرية في إحدى أحكامها " الضرر معياره شخصي لا مادي، تقديره بما يجعل دوام العشرة مستحيلا أمر موضوعي متروك لقاضي الموضوع، ويختلف بإختلاف الزوجين ودرجة ثقافتهما و الوسط الاجتماعي الذي يحيط بها " [377].

## الفرع الثالث - عجز القاضي عن الإصلاح .

تنص المادة 49 من ق.أ.ج على أنه ″ لا يثبت الطلاق إلا بحكم، و بعد محاولة الصلح من طـرف القاضي دون أن تتجاوز المدة ثلاثة أشهر″ .

يتضح من هذا النص أنه لا وجود للطلاق إلا إذا صدر به حكم من القضاء، وصـدور الحكـم بالطلاق يأتي في مرتبة ما بعد محاولة الصلح بين الزوجين، و هو إجراء إجباري يجب على القاضي القيام

[377]- محكمة النقض المصرية – طعن رقم 2 لسنة 60 ق – أحوال شخصية – جلسة 19-11-1991 .من موسوعة الفقه والقضـاء – البكري محمد عزمي – مرجع سابق ص 824 .

به قبل النطق بالطلاق [378]، و بعبارة أخرى فإنه يجب على القاضي قبل القضاء بالتطليق أن يتدخل لإنهاء النزاع بين الزوجين صلحًا، و لو لم يطلب أحد الزوجين منه ذلك.

والإصلاح بين الزوجين يقتضي التعرف على حقيقة الشقاق و النزاع القائم بينهما، و الظروف والملابسات المحيطة به، حتى يتخير القاضي الطريقة المثلى الناجعة للوصول إلى الصلح حفاظاً على الأسرة من الانحلال، وحسناً فعل المشرع عندما اشترط على القاضي إجراء الصلح قبل النطق بالحكم، وذلك تقييدًا و تضيقًا لدائرة الطلاق.

- و يظهر جلياً أن تدخل القاضي لإنهاء النزاع صلحاً، إجراء أوجبه القانون قبل إصدار الحكم في موضوع الدعوى بالتطليق، وهو إجراء لصيق بالنظام العام، ومن ثم فإذا حكم بالتطليق قبل محاولة إنهاء النزاع صلحًا كان قضائُه باطلاً بطلاَنا متعلقاً بالنظام العام [379].

فالحكم بالطلاق دون محاولة الصلح خطأ في تطبيق القانون، حسب تعبير المحكمة العليا في إحدى اجتهاداتا [380].

بل أن المادة 17 من قانون الإجراءات المدنية ( المعدلة بالأمر المؤرخ في : 29-12-1971) تنص على انه "يجوز للقاضي مصالحة الأطراف أثناء نظر الدعوى في أية مادة كانت " [381].

و بذلك أصبحت إجراءات الصلح شاملة لجميع الدعاوى المدنية، بما في ذلك دعاوى الزواج والطلاق.

وعليه فإنه يجب على القاضي المختص بالفصل في دعوى الطلاق عرض الصلح على الزوجين، حيث يستدعيهما إلى مكتبه بواسطة –مكتب الضبط- ، وذلك في جلسة خاصة ثم يحاول أن يصلح بينهما، ويكون ذلك بإشعار الزوجين بضرورة التسامح المتبادل، و الإيجابيات التي يفرزها على الأسرة والأولاد و استقرار العائلة و علاقة القرابة و المصاهرة بين عائلتيهما وسواء نجح القاضي في الصلح، أو فشل، فإنه يحرر محضرًا بما توصل إليه من نتائج يلحق بملف الدعوى، ثم يحيل الطرفين إلى حضور جلسة علنية، ثم يستمع من جديد لكل واحد منهما ثم يصدر القاضي حكمه وفقا للإجراءات العادية [382].

و الملاحظ أن نص المادة 49 من ق .أ.ج هو نص إجرائي عندما اشترط عرض الصلح أولا قبل الحكم بالطلاق، غير أنه أغفل ذكر ما إذا كان يجب على القاضي تحرير محضر حول نتيجة محاولة الصلح

---

[378]- العربي بلحاج - شرح قانون الأسرة الجزائري-مرجع سابق - ص 356.

[379]- البكري محمد عزمي –موسوعة الفقه و القضاء - مرجع سابق ص 346.

[380]- م.ع غ.أ.ش ملف رقم 75141 في 18-06-1991 – م.ق 1993. عدد 1 ص 65.

[381]- قانون الإجراءات المدنية الصادر بالأمر : 154 / 1966 –منسقا طبقا للتعديلات المحدثة بالأمرين 77 / 69 – 80 / 71 .

[382]- العربي بلحاج - شرح قانون الأسرة الجزائري-مرجع سابق - ص 339.

بالفشل أو بالنجاح؟، كما أنه لم يذكر ما يفعله عند فشل محاولة الصلح، فهـل يشـرع في إجـراءات التحكيم ؟.

بالإضافة إلى ما تقدم هناك غموض بشأن المدة التي حددها المشرع في المادة 49 من ق.أ ورتـب عليها أثار في المادة 50 من ق.أ.ج التي تقضي بأن " من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتـاج إلى عقد جديد، و من راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد".

- حيث يثور سؤال عند بداية الأشهر الثلاثة و نايتها ؟ ، فهل تبدأ من تاريخ نطق الزوج بالطلاق فعلاً؟، أو من تاريخ الحكم بالطلاق؟.

و بما أنه لا وجود للطلاق بصفة قانونية إلا إذا صدر بشأنه حكم قضائي، فإن الثلاثـة أشـهر تسري من يوم نطق الزوج بالطلاق، إذا كان حكم القاضي كاشف فقط لطلاق سابق، بقصد ترتيـب الطلاق لأثاره القانونية [383] ، حيث أن الطلاق يرتب أثاره الدينية عند وقوعه، لكن لا يثبت الطلاق إلا بحكم.

أما إذا لم يحدث فإن العدة تبدأ من تاريخ النطق بالطلاق فعلاً.

هذا و لقد جاءت هذه المادة ذات صياغة رديئة، حيث انتقدها بعض رجال القـانون و أُقتـرح صياغة النص كالتالي " لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي دون أن تتجـاوز مدة محاولة الصلح ثلاثة أشهر" [384]، وهو نقد وجيه وصائب يزيل الكثير من الغموض الذي يكتنـف نص المادة 49 ق.أ.ج. وقد ذهبت المحكمة العليا إلى ذلك في عدة اجتهادات لها منها :

1- من المقرر قانونا أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من القاضي و القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون [385].

## المطلب الثالث – بعـث الحكمـين :

الملاحظ أنه في حالة فشل القاضي في الصلح الذي يعرضه على الزوجين، ما كان عليه أن يذهب مباشرة إلى إصدار حكم الطلاق، بل من الأحسن المرور إلى محاولة ثانية، وهي اتباع إجراءات التحكيم،

---

[383]- فضيل سعد -شرح قانون الأسرة الجزائري "الزواج والطلاق"- مرجع سابق. ص 339 .

[384]- فضيل سعد -شرح قانون الأسرة الجزائري "الزواج والطلاق" – نفس المرجع، ص 338 .

[3] – العربي بلحاج - شرح قانون الأسرة الجزائري- نفس المرجع ، ص 358.

[385]- م.ع غ.أ.ش ملف 174132 بتاريخ 23-10-1997 – م.ق 1993 – العدد 1 ص 65.

حيث أن بعث الحكمين ضروري في كل نزاع زوجي ، فإن عجز القاضي عن الإصلاح فقد لا يعجـز عنه الحكمان [386].

وقد ذهبت المحكمة العليا إلى ذلك بقولها " من المقرر قانوناً أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعـد محاولة الصلح من طرف القاضي، وعند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق، وإذا اشتد الخصـام بين الزوجين وعجزت الزوجة عن إثبات الضرر، وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما، ومـن ثم فـإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون ..." [387]. و انطلاقا من ذلك فيجب أن نـعرج إلى الحكمين والإجـراءات المتعلقة بذلك، وصلاحياتهما و الشروط الواجب توفرها فيهما :

**الفرع الأول- إجراءات التحكيم** :

- يقول الله تعـالى { وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلاحًا يُوَفِّقْ اللهُ بَيْنَهُمَا إِن اللهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا } [388].

- فإذا اشتد الخصام بين الزوجين و لم يثبت الضرر، وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما، يعين القاضي الحكمين، حكمًا من أهل الزوج و حكمًا من أهل الزوجة [389]، و ذلك هو مضمون نص المادة 56 مـن ق.أ.ج ، وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريراً عن مهمتهما في أجل شهرين .

* التحكيم هي محاولة للإصلاح بين الزوجين، عندما يصل الشقاق و النزاع إلى الشدة و الذروة، ويؤدي إلى الضرر الذي قد يقع على الزوجة من طرف الزوج بالفعل أو القول أو غيره على النحو الذي ذكرناه سابقاً.

و التحكيم يهدف إلى تحقيق الوئام و الوفاق و إرجاع الأمور إلى نصابها، و هذا أفضل و أحسـن مـن اللجوء إلى الطلاق مع وجود إمكانية المصالحة، وحفاظاً على الأسرة بكاملها من الانحـلال و ضـياع الأولاد إن كانوا، و خيرًا أيضا من أن يعيش الزوجان في ضنكٍ و شقاءٍ كل منهما مبغض للأخر لا يكاد يطيق النظر أو التحدث مع شريك حياته.

عندما ندقق النظر و نتمعن جيدًا في نص المادة 56 من ق.أ.ج نستخلص ملاحظتين أساسيتين :

---

386- عبد الرحمان الصابوني –شرح قانون الأحوال الشخصية السوري – مرجع سابق ص 88.

387- م.ع غ.أ.ش ملف 57812 بتاريخ 25-12-1989 – م.ق 91 – العدد 3 ص 71.

388- الآية 35 من سورة النساء.

389- الإمام أبي حامد محمد بن محمد الغزالي – إحياء علوم الدين – الجزء الثاني - مرجع سابق– ص47.

1- **الملاحظة الأولى** :أنه في حالة ثبوت الضرر وجب على القاضي التصريح بالطلاق بعد محاولة الصلح -مثلما تقدم- وذلك رفقًا للضرر الواقع على الزوجة، فمن المقرر قانوناً أنه يجوز طلب التطليـق لكـل ضرر معتبر شرعا [390].

وهو قول المذهب المالكي الذي أجاز التفريق للشقاق أو للضرر منعًا للنزاع، وحتى لا تصـبح الحيـاة الزوجية جحيماً لا يطاق، و لقوله ε « لا ضر و لا ضرار » [391].

وبناء عليه ترفع المرأة أمرها للقاضي، فإن أثبتت الضرر طلقها منه، وإن عجزت عـن إثبـات الضـرر رفضت دعواها، فإن كررت الإدعاء بعث القاضي حكمين [392].

في حين أن جمهور الفقهاء " الحنفية و الشافعية و الحنابلة " ،لم يجيزوا التفريق للشقاق أو للضرر مهمـا كان شديدًا [393].

هكذا يتضح جلياً أن المشرع الجزائري قد أخذ برأي الإمام مالك، الذي نص على التطليق للضرر مـتى كان قد ثبت سواء أكان ذلك بإقرار الزوج، أم بإقامة الزوجة البينة على ما أصـابها، أو بأيـة طريقـة أظهرت الحقيقة جليةً واضحة للقاضي.

2- **الملاحظة الثانية** : تتمثل في حالة عدم ثبوت الضرر بسبب عجز الزوجة على إثبات ما تدعيه أمـام القاضي، وفشلت في إقناع المحكمة بالضرر الواقع عليها من زوجها، فإن القاضي يعين حكمين حسـب نص المادة 56، فلكي يعين القاضي الحكمين يجب :

1- أن يكون تعيين الحكمين إثر شدة الخصام و النزاع، وليس لمجرد رفع الطلب الأول، بـل أن المـرة الأولى يجب أن تثبت الزوجة ما وقع عليها من ضرر بكل وسائل الإثبات المختلفة، وإلا أرجعها القاضي إلى بيتها و أنذر الزوج عن أفعاله و أقواله الضارة، ولكن عودة الزوجة من جديد وتكرار شكواها فإن ذلك دليل وقرينة على شدة الشقاق بين الزوجين، وبالتالي حجة على أن الحياة الزوجيـة تحولـت إلى جحيم لا يطاق، و الـمستقر عليه أن استفحال الشقاق بين الزوجين يقضي بالتفريق القضائـي [394].

2- أن تعجز الزوجة عن إثبات دعواها رغم تعدد طلباتها بالتطليق حسب نص المادة 56 من ق.أ.ج.

[390]- م.ع غ.أ.ش ملف 75588 بتاريخ 20-02-1991 – م.ق 93 – العدد 4 ص 78.

[391]- الإمام مالك بن أنس –الموطأ- الجزء 1 – مرجع سابق.ص 745.

[392]- وهبة الزحيلي -الفقه الإسلامي وأدلته - مرجع سابق ، ص 527 و ما بعدها.

[393]- الإمام ابن رشد - بداية المجتهد و نهاية المقتصد- الجزء الثاني – مرجع سابق . ص 97 و ما بعدها .

[394]- م.ع غ.أ.ش ملف 139353 بتاريخ 24-09-1996 – م.ق 97 – العدد 2 ص 66.

3- أن يكون الحكمان من أهل الزوجين ، أحدهما من أهل الزوجة و ثانيهما من أهل الزوج بـ ـهدف كشف الحقيقة و تأدية المهمة المسندة إليهما .

و اشتراط الحكمين من أهل الزوجين، لأنما على علم مسبق بأصول و ظروف الزوجين و المهمة تسهل أكثر، بل أن تأثيرهما على الزوجين يكون أكثر من أجنبي.

و ما قال به المشرع الجزائري إنما نقلاً عن قوله تعالى { وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا } [395] .

مع الإشارة أنه في حالة تعذر الحكمين من أهل الزوجين، يمكن اختيارهما من الأجانب ذوي الخبرة [396].

**الفرع الثاني – مهمـة الحكمين** : إن المهمة الأساسية التي يجب أن يقوم بها الحكمين تنحصر في ثلاثة أمور رئيسية، اثنان منها نص عليهما المشرع الجزائري والثالث قال به الإمام مالك هي :

**1- الأمر الأول** : المصالحة بين الزوجين، وتلك هي المهمة الأولى التي يتطلبها تعينـهما مـن طـرف القاضي، حفاظًا على الأسرة من الانحلال و التفكك، إذا أن الطلاق مبغوض إلى الله و مكـروه شـرعًا فالأصل هو استمرار الحياة الزوجية، وما الطلاق إلا إستثناء يتم اللجوء إليه عند الضرورة القصوى إن ما تفاقم الضرر و الشقاق و استحالت الحياة المشتركة.

فالواجب إقامة الإصلاح، وهو أمر من الله تعالى قبل أن تنص عليه المادة 56 إذ قال تعـالى [إن يريـدا إصلاحًا يوفقُ الله بينهُمَا] وعندما يحاول الحكمين القيام بالإصلاح و تذويب جليد الخـلاف و إنقـاذ الزواج كرباط مقدس بين الزوجين، وسعيهما إلى ذلك، هو الغرض إذن و الله سبحانه وتعالى يكون في عونما، و يطلب منهما القاضي أن يخلصا في مهمتهما بصدق و قوة و إرادة و تحري العـدل، وعـدم التسرع والملل، و يذكر الحكمان الألفة و الوصال القائم بينهما كزوجان، و أهمية حفـظ أسـرتما و أولادهما من الانيار و الضياع، عسى كل ذلك يؤدي إلى حل النزاع و إزالة الشقاق.

**2- الأمر الثاني** : أنما ملزمين بتقديم تقرير عن مهمتهما طبقا لما حدده القاضـي حيـث يوضـحان بالتفصيل مسعاهما في ذلك، و ما اقترحوه على الزوجين و موقف كل منهما في مواجهة الزوج الأخـر، و شروطه التي يجب تلبيتها حتى يتحقق الصلح و يقدم الحكمان اقتراحهما لعلاج الموقف.

---

[395]- جزء من الآية 35 من سورة النساء .

[396]- بدران أبو العينين بدران - الفقه المقارن للأحوال الشخصية – مرجع سابق ص 280.

فإن حدث و إن اقتنع الحكمين بأن الحل الوحيد هو التفريق، يذكران ذلك في تقريرهما مع التعليل والتسبيب [397].

و للقاضي أن يستدعيهما إلى الجلسة التي يعقدها للفصل في الدعوى، ليسمع منهما إضافات شفوية لتشريح الوضعية وإصدار الحكم المناسب على ضوء جهد الحكمين .

و لقد أوجب القانون حسب ما هو واضح من نص المادة 56 على الحكمين أن يرفعا تقريرهما إلى القاضي عن مهمتهما في أجل شهرين، وعلى القاضي أن يحكم بمقتضاه، كما يجوز للقاضي رفض تقرير الحكمين، و تعيين حكمين آخرين، كما أن قناعة الحكمين لا تدخل تحت رقابة المحكمة العليا.

فإذا عجز الحكمان عن الإصلاح، وكانت الإساءة من الزوج أو من كليهما أو جهل الحال، وثبت الضرر، حكم القاضي بالطلاق بين الزوجين [398].

3- **الأمر الثالث** : قال به الإمام مالك رضي الله، عنه و هو اعتماد الخلع متى ذهبا لكشف أسباب الشقاق، ولم يريا إصلاحا فلهما إن وجدا الخلع طريقا وحيدًا لخلاص الزوجة من ظلم زوجها وطغيانه أن يقولا به، ولكنه لا يكون نافذًا إلا بتصديق القاضي عليه لأنه مجرد اقتراح منهما للقاضي[399].

مع الإشارة أنه في المذهب المالكي رأيان :

أ – **الرأي الأول**: أن على الحكمين أن يطلقا الزوجة بغير عوض، ولهما سلطة الحاكم، لأن الله عز وجل سماهما حكمين في الآية السابقة 35 من سورة النساء، و يؤيد فهم الآية على هذا قول الله تعالى [فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ] ، فإذا فات الإمساك بالمعروف، لإضرار الزوج بزوجته في المعاشرة، وجب على الزوج أن يطلق زوجته، فإن لم يفعل طلقها القاضي بالنيابة عنه لظلمه، ودفعًا لإضراره بها وهو التسريح بإحسان.

**ب- الرأي الثاني** : أنه على الحكمين أن يطلقاها بعوض و هو الرأي الراجح [400].

و عموماً فإن المذهب المالكي أجاز للحكمين قولهما بين الرجل و امرأته في الفرقة و الاجتماع [401].

---

397- فضيل سعد -شرح قانون الأسرة الجزائري "الزواج والطلاق"- مرجع سابق ص 297.

398- العربي بلحاج - شرح قانون الأسرة الجزائري-مرجع سابق .ص 359.

399- فضيل سعد -شرح قانون الأسرة الجزائري "الزواج والطلاق"- مرجع سابق ص 299.

400- الإمام ابن رشد - بداية المجتهد و نهاية المقتصد- الجزء الثاني – مرجع سابق .ص 97.

401- الإمام مالك بن أنس –الموطأ– الجزء 1 – مرجع سابق .ص 584.

* و لكن المشرع الجزائري أعطى للزوجة حق التطليق إذا كان السبب هو الضرر، و لا يمكـن اقتـراح الخلع في حال الضرر لأنه ناشئ لها بموجب القانون حسب نص المادة 53 من ق.أ.ج ، و إنمـا الخلـع يقترح عند نشوز الطرفين أو أحدهما، ولم يكن شيئًا ثابتاً مما نصت عليه المادة 53 بفقراتا السبعة.

**الفرع الثالث - شروط الحكمين** : الحَكَمَ الذي يباشر هذه المهمة، لا يكون ناجحاً في مهمته إلا إذا توفرت فيه شروط معينة، و تميز بخصال تؤهله للقيام بمثل هذا العمل، ومجمل هـذه الشـروط : الإسلام ، والتكليف، و العدالة، و الذكورية، وفهم المقصد الذي وُجه إليه، والحكمة من اشتراط هـذه الأوصاف فيمن يتقدم لذلك، أو فيمن يعينه القاضي ظاهرة، وهي أداء المهمة على أكمل وجه والوصول إن أمكن إلى الإصلاح بين الزوجين، ولا يتحقق ذلك إلا من رجلين عدلين خبرين بما يطلب منـهما في هذه المهمة [402].

**أ-** فشرط الإسلام، لأن الحكم في مهمته بمثابة السلطان، و بالأخص عند من يقـول أن للحكمـين أن يجمعا ويفرقا [403] حسبما اقتضت المصلحة، و لو من غير رضى الزوج، و لا سلطة لكافر على مسـلم لقوله تعالى { وَلَنْ يَجْعَلَ اللهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلا } [404].

**ب-** أما اشتراط التكليف و البلوغ و سلامة الإرادة و اكتمال الأهلية، لأن غير البالغ والصـبي المميـز والمجنـون و غيره، لا يعتبر من أهل الرأي وفض النزاعات، خاصة في مثل هذه الأمور التي لا يفقههـا ويدرك خباياها، إلا من كانت له خبرة و تجربة في الحياة الزوجية و مشاكلها.

**جـ -** و اشتراط العدالة، فلكون الفاسق لا يؤمن جانبه، و الإناءُ لا ينضح إلا بما فيه، وقد يزيد الخلاف أكثر مما يُصْلح، كالطبيب الذي يريد علاج العين فيعميها، و الفاسق طبعه الفساد فلا خير يرجى منه في الأصل.

**د-** أما اشتراط الذكورية، فلِمَا يمتاز به الرجال عادة من التأني و التروي، و حسن التدبير و الـتفكير، والمهمة تستدعي ذلك في حين أن النساء معروف عنهن أنهن ناقصات عقل و دين.

**هـ -** ونصت الآية القرآنية على أن الحكمين يكونان من أهل الزوجين، حكم من أهله، وحكـم مـن أهلها، لأنهما أدرى بأمورهما، و أصدق من غيرهما في الإصلاح بينهما، و نفوس الزوجين ترتاح لهمـا اكثر مما ترتاح لغيرهما، وحتى لا تتفشى أسرارهما خارج حدود الأسرتين.

---

402- وهبة الزحيلي -الفقه الإسلامي وأدلته - مرجع سابق ، ص 528.

403- الإمام مالك بن أنس-الموطأ- الجزء 1 – مرجع سابق .ص 584.

404- جزء من الآية 141 من سورة النساء.

و قد جاء في بداية المجتهد " على أن الحكمين لا يكونان إلا من أهل الزوجين، أحدهما من قبل الـزوج والآخر من قبل المرأة، إلا أن لا يوجد في أهلهما من يصلح لذلك، فيرسل من غيرهما "[405].

هكذا نخلص في النهاية أن إضرار الزوج بزوجته يؤدي إلى ثبوت حقها في طلب التطليق، عليه إن ثبت الضرر الواقع عليها بمختلف وسائل الإثبات سواء بالشهادة المعتادة، أو بإقرار الزوج وإعترافه، أو بالشهادة المستفيضة من الجيران و نحوه فإن القاضي يطلقها .

و الطلاق الذي يوقعه القاضي للضرر و الشقاق يكون بائن، لأن الضرر لا يزول إلا به، و لأنه إذا كان الطلاق رجعيا تمكن الزوج من مراجعة المرأة في العدة، وبالتالي العودة إلى الضرر [406].

وفي حالة عجز الزوجة عن إثبات الضرر بمختلف وسائل الإثبات، يلجأ القاضي إلى تعيين حكمين على النحو السابق ذكره، و يحاولان الإصلاح، و إذا فشلا يقدمان تقريرًا إلى القاضي، يصدر حكمه علـى ضوئه.

وقد ذهبت المحكمة العليا في عدة اجتهادات قضائية إلى ذلك، حيث جاء أحد أحكامها " مـن المقرر قانونا أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي، وعنـد نشـوز أحـد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق، وإذا اشتد الخصام بين الزوجين و عجزت الزوجـة عـن اثبـات الضـرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبـدأ يعـد خطـأ في تطبيـق القانون ..." [407].

كما جاء في حكم أخر " من المقرر شرعا و قانونا أنه عند الحكم بالتطليق يتعين على القاضي تبيان نوع الضرر اللاحق بالزوجة و ذكر وسائل إثبات الضرر " [408].

- و في حكم أخر جاء " من المقرر شرعًا و قانونا أن الطلاق لا يحكم به إلا إذا كـان للزوجـة مـن الأسباب الشرعية ما يحق بها التطليق به ..." [409].

---

[405]- الإمام ابن رشد - بداية المجتهد و نهاية المقتصد- الجزء الثاني – مرجع سابق .ص 98 .

[406]- وهبة الزحيلي -الفقه الإسلامي وأدلته- مرجع سابق- ص 529 .

[1] – بدران أبو العينين بدران - الفقه المقارن للأحوال الشخصية- مرجع سابق – ص 445.

[407]- المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية 25-12-1989 ملف رقم : 57812 م.ق 1991 عدد 3 ص 71

[408]- المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية 27-11-1989 ملف رقم : 56490 غير منشور – بلحاج العربي – مبادئ الإجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا- ص 92.

[409]- المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية 07-12-1987 ملف رقم : 44858 م.ق 1990 –عدد 4 ص 50-51.

وقالت المحكمة العليا في حكم أخر " إن الشريعة الإسلامية قررت بأن الزوجة يجوز لها طلب التطليق إذا لحقها ضرر من زوجها، وثبت ذلك الضرر ثبوتا قاطعا " [410].

و قد ذهبت محكمة النقض المصرية إلى نفس الاتجاه، في عدة أحكام منها قولها " التحكيم في دعوى التطليق شرطه أن يتكرر من الزوجة طلب التفريق لإضرار الزوج بها، ... مع عجزها عن إثبات ما تتضرر منه " [411].

و نشير في الأخير إلى أن تطليق الزوجة للضرر و الشقاق، مبدأ واضح في الشريعة الإسلامية، وقد أخذت به غالبية قوانين البلاد العربية و الإسلامية خاصة مذهب الإمام مالك بهذا الخصوص، منها المادة 56 من المدونة المغربية، و المواد 112 – 115 من القانون السوري، و المواد 6 إلى 11 من القانون المصري لعام 1929 ... و على سبيل المثال:

ينص القانون السوري على أنه إذا ادعى أحد الزوجين إضرار الأخر به، جاز له طلب التفريق من القاضي، و إذا ثبت الإضرار، وعجز القاضي عن الإصلاح فرق بينهما، وذلك بطلقة بائنة، و إذا لم يثبت الضرر يؤجل القاضي المحاكمة مدة لا تقل عن شهر، فإن أصر المدعي على الشكوى بعث القاضي حكمين من أهل الزوجين ، و إلا ممن يرى القاضي فيهما قدرة على الإصلاح بينهما، وحلفهما يميناً على أن يقوما بمهمتهما بعدل و أمانه ... المادة 112.

وتنص المادة 113" وعلى الحكمين أن يتعرفا على أسباب الشقاق بين الزوجين، ثم يجمعانهما في مجلس تحت إشراف القاضي، ولا يؤثر في التحكيم تخلف أحد الزوجين عن الحضور بعد تبليغه" [412].

أما القانون المصري لعام 1929 و في مادته السادسة ينص على :

إن الزوجة إذا ادعت إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة من أمثالهما، يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق، وحينئذ يطلقها القاضي طلقة بائنة، إذا ثبت الضرر و عجز القاضي عن الإصلاح بينهما، وإذا عجزت عن إثبات الضرر رفض طلبها، ثم إذا تكررت الشكوى من الزوجة بعد رفض طلبها في التفريق، ولم تثبت الضرر بعث القاضي حكمين وقضى على الوجه المبين بالمواد من 7 إلى11.

---

[410]- المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية 05-05-1986 ملف رقم : 41703 – غير منشور. بلحاج العربي – مبادئ الإجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا ص 88.

[411]- محكمة النقض المصرية –طعن رقم 78 لسنة 58 ق – أ.شخصية –جلسة 26-06-1990 – من كتاب البكري محمد عزمي – موسوعة الفقه و القضاء- مرجع سابق ص 835.

[412]- عبد الرحمان الصابوني –شرح قانون الأحوال الشخصية السوري – مرجع سابق ص 86 و ما بعدها.

المادة 7 : تنص على " يشترط في الحكمين أن يكونا رجلين عدلين من أهل الزوجين إن أمكـن، و إلا فمن غيرهم ممن له خبرة بحالها و قدرة على الإصلاح بينهما".

المادة 8 : على الحكمين أن يتعرفا على أسباب الشقاق بين الزوجين، و يبذلا جهدهما في الإصلاح فـإن أمكن على طريقة معينة قَرَارَهَا.

المادة 9 : إذا عجز الحكمان عن الإصلاح، وكانت الإساءة من الزوج أو منها أو جهل الحـال، قـررا التفريق بطلقة بائنة.

المادة 11 : على الحكمين أن يرفعا إلى القاضي ما يقررانه، وعلى القاضي أن يحكم بمقتضاه [413].

الملاحظ أن القانونان المصري و السوري قد أخذا بمذهب المالكية فأجاز كلاهما التفريق للشقاق والضرر، وذلك ما يظهر جليا من المواد السابقة المتضمنة لأحكام التطليق للشقاق و الضرر.

إلا أن القانون المصري لم يذهب إلى التفريق بسبب إساءة الزوجة ، و أخذ القانون السـوري بمـذهب المالكية في أن التفريق يكون بسبب الضرر من أحد الزوجين.

وعدل القانون السوري سنة 1975 المادة 112 الفقرة 3 فلم يحكم بالتفريق في الحال، و إنما يؤجل القاضي المحاكمة مدة لا تقل عن شهر إذا لم يثبت الضرر أملاً بالمصالحة [414].

## المبحث الثاني : التطليق للضرر في حالة التعدد .

بالإضافة إلى ما تقدم حول الضرر المعتبر شرعا الوارد في المادة 53 الفقرة 6، يأتي الضرر الناتج عن تعدد الزوجات، حيث تنص على جواز التطليق لكل ضرر معتبر شرعا و لاسيما إذا نجم عـن مخالفـة الأحكام الواردة في المادتين 8 و 37 من قانون الأسرة.

المادة 8 تقضي بأنه " في حالة تعدد الزوجات، يجوز لكل واحدة الحق في رفع دعوى قضـائية ضـد الزوج في حالة الغش و المطالبة بالتطليق في حالة عدم الرضا ".

أما المادة 37 فتوضح واجبات الزوج نحو زوجته وهي النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها، و العدل في حالة الزواج بأكثر من واحدة.

من خلال نص المادة 53 في الفقرة السادسة، نلاحظ أن المشرع الجزائري قد أنشأ حالة جديـدة للتفريق أو التطليق ، وهي حالة تعدد الزوجات، و وجوب إخبار الزوج للزوجة السابقة بعزمـه علـى

---

[413]- بدران أبو العينين بدران - الفقه المقارن للأحوال الشخصية – مرجع سابق ص 446.

[414]- وهبة الزحيلي -الفقه الإسلامي وأدلته - مرجع سابق ، ص 529 و ما بعدها.

الزواج من الثانية عندما يرغب في تعدد الزوجات، وإخبار الزوجة الثانية بأنه متـزوج بغيرهـا، وإذا لم يفعل، فيعتبر أنه غشهما، أو غش إحداهما و لم ترض به زوجاً لغيرها، فإن من حقها أن ترفع دعوى أمام القضاء، وتطالـب الحكم لها بالتـطليق أو التفريق لمجرد أن الزوج لم يخبرها بذلك قبل العقد [415].

وعليه فإننا نتناول ذلك في مطلبين : الأول يحمل عنوان شروط تعدد الزوجات في ق.أ.ج والثاني نحاول إبراز الحكمة من التعدد.

## <u>المطلب الأول</u> - **شروط التعدد** في **ق.أ.ج** :

فالمشرع الجزائري إذن أباح التعدد كمبدأ عام، و لكنه قيد الأمر بضرورة توفر شـروط معينـة تتضح بجلاء من خلال نص المادة 8 من ق.أ.ج التي تقضي بأنه " يسمح بالزواج بأكثر من واحـدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي، و توفرت شروط ونية العدل، و يتم ذلك بعد علـم كل من الزوجة السابقة واللاحقة، ولكل واحدة الحق في رفع دعوى قضائية ضد الزوج في حالة الغش، و المطالبة بالتطليق في حالة عدم الرضا " .

هكذا نستشف من نص هذه المادة الشروط الواجب توفرها حتى يتمكن الزوج من الزواج بأكثر من واحدة وهي:

**الشرط الأول** : وجود مبرر شرعي للزواج بأخرى، وهو معيار مرن وشخصي و واسع، كأن يكون من باب التمثيل عقم الزوجة الأولى، ورغبة زوجها في الإنجاب، مع تعلق كل واحد بـالأخر، أو مرضـها وعدم قدرتا على القيام بشؤون البيت [416]، كما قد تصبح المرأة غير صالحة للإختلاط الجنسي لإصابتها بمرض أو غيره، ويرى زوجها من الوفاء ألا يتركها فريسة للحياة السيئة، و أن يبقها تحـت رعايتـه و يشملها بالعطف والرعاية، فيكون من الحكمة ألا تمنعه من التزوج بغيرها، كما قد يستولي الحب علـى قلب زوج فيهيم بإمرأة غير زوجته تيم به حبا بحيث يصعب عليهما التخلي عن بعضهما، فيكون مـن المصلحة أن يباح لهذا الرجل التزوج بذه المرأة، مع الإبقاء على زوجته حتى لا يقعان في الفاحشة المحرمة [417].

---

[415]- عبد العزيز سعد – الزواج والطلاق في ق.أ.ج - مرجع سابق ص 274.

[416]- سعيد بويزي - محاضرات في قانون الأسرة الجزائري –، تيزي وزو عام 2000 ، 2001- ص 9.

[417]- بدران أبو العينين بدران - الفقه المقارن للأحوال الشخصية – مرجع سابق ص 130 و ما بعدها.

**الشرط الثاني** : ضرورة توفر شروط و نية العدل بين الزوجات في الحقوق و الواجبات، حيث يقول الله تعالى : [ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النسَاءِ مَثْنى وَثُلاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ ألا تَعْدِلُوا فَوَاحِـدَةً أَوْ مَـا مَلَكَتْ أَيمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنى ألا تَعُولُوا ] [418].

أباح الله تعدد الزوجات وقصره على أربع، و أوجب العدل بينهن في النفقـة، أي الطعـام و السـكن والكسوة و المبيت، وسائر ما هو مادي من غير تفرقة بين غنية و فقيرة أو عظيمة وحقيرة، فإن خـاف الرجل عدم الوفاء بحقوقهن جميعا حرم عليه الجمع بينهن، فإن استطاع الوفاء بحق ثلاث نسوة حرم عليه العقد على الرابعة، ومن خشي الجور و الظلم بزواج الثانية حرمت عليه [419]، ذلك ما يفهم من الآيـة القرآنية السابقة، و أن الرسول ε قال : « من كانت لـه امرأتان فمال إلى إحداهما جاء يوم القيامـة وشِقه مائل » [420].

فشرط العدل ضرورة للتعدد في الشريعة الإسلامية، كما يلاحظ أنه لا تعارض بين ما أوجبـه الله مـن العدل في هذه الآية المذكورة أعلاه، و بين ما نفاه الله في الآية الأخرى من سورة النساء و هـي قولـه تعالى:[ وَلَنْ تَستَطِيعُوا أنْ تَعْدِلُوا بَينَ النسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلا تَمِيلُوا كُل المَيْل فَتذَرُوهَا كَالْمُعَلقَةِ][421].

فالعدل المطلوب هو العدل الظاهر الذي يقدر عليه الزوج، و ليس هو العدل في المودة و المحبة فإن ذلك لا يستطيعه أحد، بل هو أمر خارج نطاق الزوج و إرادته و الرسول ε كان يقسم فيعدل، ويقول : « اللهم هذا قسمي فيما أملك، فلا تلمني فيما تملك و لا أملك » ، فالميل في الحب و القلب لا يؤاخـذ الإنسان على ذلك وهذا هو المعنى الذي يشير إليه الرسول ε [422] وهذه النقطة هي التي ذكرها المشـرع الجزائري في ق.أ.ج في المادة 8.

و كذلك المادة 37 الفقرة الثانية بقوله " يجب على الزوج نحو زوجته ... العدل في حالة الزواج بـأكثر من واحدة ".

---

[418]- جزء من الآية 3 من سورة النساء.

[419]- السيد سابق – فقه السنة – الجزء الثاني- مرجع سابق – ص 110.

[420]- الإمام أبي حامد محمد بن محمد الغزالي – إحياء علوم الدين – الجزء الثاني-مرجع سابق، ص 47 .

[421]- جزء من الآية129 من سورة النساء.

[422]- سعيد بويزري– محاضرات في قانون الأسرة الجزائري ، تيزي وزو 2000 –2001، ص 9 وما بعدها.

**الشرط الثالث** :لقد أورد المشرع الجزائري شرطاً ثالثا واضحا من نص المادة 8 من قانون الأسرة وهـو ضرورة إخبار الزوجة السابقة التي هي في عصمته برغبته في الزواج بالثانية، كما يجب أن يحـيط علمـا المرأة الثانية التي ينوي العقد عليها بوجود ضرة لها.

فمن واجب الزوج إخبارهما معا أو إخبارهن إن تعددن، و إذا لم يفعل ذلـك فـإن المشـرع الجزائري قد جعل ذلك سببًا يسمح من خلاله للزوجة السابقة و كذا اللاحقة بطلـب التطليـق مـن القاضي، بناءاً على غش الزوج لهما أو لإحداهما.

و معنى ذلك أن الزوج إذا لم يخبر الزوجة الأولى أو الثانية بأمر الزواج يكون قد ارتكب غشًا، وبالتـالي يفقد الزوجة الأولى إذا لم ترض بالزواج الثاني، حيث تطلب التطليق أو أن الزوجة الثانية تصنع نفـس الشيء إذا لم ترض هي الأخرى بأن يشاركها غيرها من النسوة في زوجها الجديد.

و المشرع الجزائري من خلال اشتراط ذلك يهدف إلى تقييد التعدد حتى لا تضم حقوق الزوجات عند تعددهن، و تفادي الأضرار الناجمة عن تعدد الضرات.

و قد أبدى بعض الأستاذة جملة من الملاحظات الجوهرية و الممتازة ضروري ذكرها باختصار:

1- ما يمكن أخذه على ق.أ.ج في هذا المجال، هو أنه افترض وجود الضرر مسبقا لمجرد تعدد الزوجات، ومنح الزوجة حق طلب التطليق، دون أن يترك ذلك إلى ما بعد العشرة ويتحقق الضرر في الواقع بسبب التعدد، انطلاقا من أن التعدد في الزوجات، أو الزواج دون علم إحدى الزوجتين ليس ضرارًا في حـد ذاته [423]. بل أن الله سبحانه وتعالى أباح التعدد و في ذلك حكمة معتبرة نتحدث عنها فيما بعد.

2- أن منع الزوج من الزواج بثانية و وضع العراقيل في طريقه إلى ذلك، قد يدفعه إلى القيـام بطـلاق الزوجة الأولى بإرادته المنفردة [424] ليتمكن من الزواج بثانية، وبالتالي يحدث ما لم يكـن في الحسـبان، وذلك ما يرفع من حالات الطلاق و نسبته في المجتمع، و ما ينتج عنه من انحلال الأسر و ضياع الأولاد و غير ذلك.

3- أن منع الزوج من الزواج بالثانية التي سقط في حبها، قد يؤدي إلى سقوطه معها في فاحشـة الزنـا المحرمة شرعًا أشد التحريم، ويتخذها خليلة لا تربطه بها رابطة إلا تلك التي تربط الحيوانات [425].

---

[423]- عبد العزيز سعد – الزواج والطلاق في ق.أ.ج - مرجع سابق ص 274.

[424]- عبد العزيز سعد – الزواج والطلاق في ق.أ.ج – نفس المرجع ص 275.

[425]- السيد سابق – فقه السنة – الجزء الثاني- مرجع سابق ص 117.

4- كما يمكن أن نأخذ على ق.أ.ج أنه منح المرأة حق طلب التطليق بسبب عدم إخبارها، دون أن يحدد المشرع مهلة معينة لممارسة هذا الحق، مـا بين تاريخ العلم بالزواج وما بين تاريخ طلب التطليق، الأمر الذي يجعل من هذا الحق، وسيلة تهديد مستمرة في يد الزوجة، وسيفاً مسلطًا على رقبة الزوج تستعمله متى شاءت بعد شهر أو سنة أو عدة سنوات، والأحسن لو وضع المشرع مدة زمنية معينة معقولة لتقادم دعوى التطليق، بحيث إذا مضت مدة معينة من تاريخ العلم بالزواج الخفي، لا يحق للزوجـة أن ترفـع دعوى التطليق وبذلك يمكن الحيلولة دون التعسف في استعمال حق طلب التطليق.

هكذا نستخلص أن المشرع الجزائري قد افترض وقوع الضرر قبل حدوثه على أرضـية الواقـع وبالتالي اشترط إخبار الزوجة السابقة و اللاحقة بأمر الزواج.

و افتراض وقوع الضرر قد يصَدقه الواقع أحياناً، خاصة أن الزوجة في الغالب الأعم أنانيـة حيـث لا ترغب في أن يشاركها غيرها في زوجها، فقد تفتعل ضرراً أو قد تخترعه و تطلب التطليق مادام القانون يفتح لها هذا الباب.

لكن أحياناً أخرى التعدد مستحسن و يخدم مصلحة العائلة، و يكون التعاون على حمل أعبـاء الأسرة، ويسود التفاهم و تتحقق الحكمة المبتغاة من إباحة المشرع للتعدد في حدود أربعة نسـوة، والله سبحانه وتعالى يشرع حسب طبيعة البشر ... هذا من جهة.

و من جهة أخرى فيمكن للزوجة أن تشترط عدم التزوج عليها وذاك حق لها [426]، طبقا لما هو وارد في المادة 19 من ق.أ.ج التي تنص على " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يريانا مـا لم تتناف مع هذا القانون ".

و المشرع الجزائري أخذ في مضمون المادة هذه، ما هو معروف في الشريعة الإسلامية التي جعلت من حق المرأة أو وليها أن يشترط ألا يتزوج الرجل عليها، فلو اشترطت الزوجة في عقد الزواج علـى زوجها ألا يتزوج عليها صح الشرط و لزم، و كان لها حق فسخ الزواج إذا لم يف لها بالشـرط، ولا يسقط حقها في الفسخ إلا إذا أسقطته أو رضيت بما يخالفه [427].

و الرسول ε يقول ◷ إن أحق الشروط أن توفوا ما استحللتم به الفروج ★ .

كما روي عن الرسول ε أنه قال ◷ إن بني هشام بن المغيرة استأذنوني أن ينكحوا إبنتهم من علي بن أبي طالب، فلا أذن ، ثم لا أذن، ثم لا أذن، إلا أن يريد بن أبي طالب أن يطلق إبنتي و ينكح إبنتهم، فإنمـا

[426]- السيد سابق – فقه السنة – الجزء الثاني- نفس المرجع ص 112.

[427]- السيد سابق – فقه السنة – الجزء الثاني- مرجع سابق ص 112.

إبنتي بضعة مني، يريبني ما أرابا، و يؤذيني ما آذاها ★ فالحديث تضمن أن ε أخبر أن زواج علي بإبنة بني هشام و هو زوج لفاطمة رضي الله عنها يؤذيها و يؤذي رسول الله ε الذي زوج علي بفاطمة رضي الله عنه على ألا يؤذيها [428].

فحق المرأة في اشتراط عدم التزوج عليها ثابت في الشريعة الإسلامية، وذهب إلى ذلك المشرع الجزائري في المادة 19 من ق.أ.ج، وجاءت المحكمة العليا في اجتهاداتا القضائية بأحكام موافقة، حيث قالت في إحدى أحكامها " حيث أنه من المقرر فقهًا و قضاء جواز اشتراط الزوجة في عقد الزواج ما تشاء من الشروط التي لها فيها فائدة بشرط أن لا تحلل حراماً أو تحرم حلالاً ، و بشرط أن لا تناقض روح العقد " [429].

و قد جاء المشرع في المادة 32 من ق.أ.ج ليقول " يفسخ النكاح، إذا اختل أحد أركانه أو اشتمل على مانع أو شرط ينافى و مقتضيات العقد أو ثبتت ردة الزوج ".

و انطلاقا من ذلك فيحق لها فسخ الزواج في حالة عدم وفائه بشرطها الخاص بعدم الزواج بغيرها ... فالمادة 32 مكملة للمادة 19 السابقة من نفس القانون.

من خلال ما تقدم نستنتج أن عبارة " الضرر المعتبر شرعا " الوارد في المادة 53 الفقرة 6 تشمل الضرر المتولد عن تعدد الزوجات، و إلى ذلك ذهبت المحكمة العليا في اجتهاداتا القضائية المتعددة نذكر بعضها :

1- " حيث أن قضاة الأساس استنتجوا من وقائع الدعوى بما لهم من سلطة تقديرية مطلقة، بأن بقاء الزوج مع زوجته الثانية بعيداً عن الزوجة الأولى فيه ضرر، و أن بقاء الزوجة الأولى وحدها في الواحات بينما يسكن الزوج في العاصمة مع الزوجة الثانية، مخالفا لأحكام العدل المأمور بها شرعاً..." [430].

2- " حيث أن الزوج لم يقم بواجباته الزوجية اتجاه المدعية في الطعن بمضي معظم أوقاته مع الزوجة الثانية، وبالتالي فإن الزوج لم يطبق قاعدة المساواة بين الزوجتين طبقاً للشريعة الإسلامية ..." [431].

---

[428]- الإمام أبي حامد محمد بن محمد الغزالي – إحياء علوم الدين – الجزء الثاني - مرجع سابق ص 47.

[429]- المحكمة العليا ، غرفة القانون الخاص 03-03-1971 ن ق 72 عدد 2 – ص 39 .

[430]- م.ع غ.ق.خ –03-02-1971 ن.ق 1972 عدد 2 – ص41.

[431]- م.ع غ.أ.ش–05-05-1986 ملف رقم 41445( غير منشور )-بلحاج العربي–مبادئ الاجتهاد القضائي–مرجع سابق ص44

3- " إن المادة 8 من ق.أ تعطي الحق للزوجة السابقة في طلب التطليق، عندما يتزوج زوجها بثانية دون علمها لأن هذا يعتبر ضرراً أصابها " [432].

وفي نفس السياق وفي أحـدث الأحكام الصادرة منها، سارت محكمـة الـنقض المصـرية في نفـس الاتـجاه، حيث أجازت طلب التطليق للضرر المتولد عن التعدد نورد بعضها :

1- " إن زواج الطاعن بأخرى و إسكانها مع المطعون ضدها في مسكن الزوجية الخاص بها، إمعان في الكيد لها و الإضرار ماديا و معنوياً بها ... و التطليق سائغ " [433].

2- " الحكم بالتطليق : شرطه ثبوت تضرر الزوجة من الزواج عليها بأخرى، ممـا يتعـذر معـه دوام العشرة، وعدم اشتـراط استمرار المعاشرة الزوجية بعد الزواج بأخرى فـترة مـن الـزمن طالـت أم قصرت " [434].

3- " التطليق : شرطه إثبات الزوجة تحقق وقوع الضرر بها، لاقتران زوجها بـأخرى ... والبينـة في الإثبات، شهادة أصلية من رجلين أو رجل و امرأتين عدول " [435].

**المطلب الثاني : الحكمة من التعدد ومبرراتـه :**

إن نظام تعدد الزوجات نظام معروف في العصور القديمة، ومن أشهر الشـعوب الـتي طبقتـه العبريون و العرب في الجاهلية .

كما عرفته الديانات السابقة حيث أباحته اليهودية في سفر التكوين 6 ، كما أن المسيحية لا تحرم التعدد بل تبيحه، و بقي التعدد مباحاً حتى القرن 16 حيث حرمه المذهب الكاثوليكي الذي ينظر إلى الشـهوة الجنسية نظرة نفور و تقزز [436].

أما الإسلام فلم ينشئ هذا النظام و لم يوجبه، ولكن أباحه في حدود خاصة وبقيود معينة يمكن حصرها في قيدين هما :

---

[432]- م.ع غ.أ.ش –26-09-1995 ملف رقم 122443 ن.ق العدد 55 ص 171.

[433]- محكمة النقض المصرية –طعن رقم : 129 لسنة 59 ق – أحوال شخصية – جلسة 05-03-1991 - البكري محمد عزمي – موسوعة الفقه و القضاء - مرجع سابق ص 843.

[434]- محكمة النقض المصرية –طعن رقم : 114 لسنة 59 ق – أحوال شخصية – جلسة 24-03-1992 - البكري محمد عزمي – موسوعة الفقه و القضاء – نفس المرجع ص 843.

[435]- محكمة النقض المصرية –طعن رقم : 107 لسنة 59 ق – أحوال شخصية – جلسة 21-04-1992 - البكري محمد عزمي – موسوعة الفقه و القضاء - مرجع سابق ص 843.

[436]- بويزري سعيد – محاضرات في قانون الأسرة الجزائري – 2000 – 2001. ص 8 و ما بعدها.

1- القدرة على الإنفاق، فإذا لم يكن عند الشخص من أسباب الرزق ما يستطيع معه الإنفاق على أكثر من زوجة، فلا يحل له شرعاً الإقدام على الزواج بأخرى.

2- العدل بين الزوجات في الحقوق و الواجبات التي يستطع العدل فيها، كالنفقة و مشتملتها وحسـن المعاشرة، و إلا فلا يحل له الزواج بثانية لقوله تعالى : [ فَإِنّ خِفْتُم ألا َتعدِلوا فَوَاحِدة] [437]، أما العـدل القلبي فلا يؤاخذ الإنسان عليه.

وعليه فإن الحكمة من تعدد الزوجات عظيمة وذات نفع كبير يعود علـى المجتمـع و الأسـرة والدولة ككل، ويمكن ذكر بعض مبررات التعدد فيما يلي :

1- إن التعدد رحمة من الله سبحانه و نعمة على الإنسان، حيث أباح الإسلام تعدد الزوجات وأقر هذا النظام ، وجعله مباحًا و ليس واجباً و ربطه بالقدرة على العدل و الإنفاق، كما أن للإسـلام رسـالة إنسانية عُليا كلف المسلمون النهوض بها و تبليغها للناس، ويكون لهم ذلك إذا كانت لهم دولة قوية ولا تكون الدولة قوية إلا بتوفر مقوماتها، ولا قوة إلا بكثرة الأفراد و صدق من قال " إنما العزة للكـاثر" و كثرة العدد تكون بنظام تعدد الزوجات.

وواضح جداً أثر الكثرة العددية في الإنتاج وسعة النفوذ في العالم، و الزيادة في البشر نعمة، وطاقة هائلة عند حسن استغلالها، ويوم تنهض الصين يهتز العالم كمثال بارز في العالم حاليا.

و لقد ذكر الرحالة الألماني "بـول أشـميـد" في كتابه الإسلام قوة الغد الذي ظهر عام 1936 قـائـلاً "إن مقومات القوى في الشرق الإسلامي تنحصر في قوة الإسلام كدين و في الاعتقاد به، و في وفرة مصادر الثروة الطبيعية، والعامل الثالث هو خصوبة النسل البشري لدى المسـلمين ..."، ويقـول "فإذا اجتمعت هذه القوى الثلاثة فتآخى المسلمون على وحدة العقيدة، وتوحيد الله، وغطت ثـروتهم الطبيعية حاجة تزايد عددهم، كان الخطر الإسلامي خطرًا منذرًا بفناء أوربا، و بسيادة عالمية في منطقـة هي مركز العالم كله" [438].

2- الدولة كثيرا ما تتعرض لأخطار الحروب فتفقد عددا كبيرا من الأفراد، ولابد من رعاية أرامل هؤلاء الذين استشهدوا، و لا سبيل إلى حسن رعايتهن إلا بتزويجهن، وحتى لا يسقطن في الرذائل والفواحش و الانحراف فيفسد المجتمع.

437- جزء من الآية 3 من سورة النساء.

438- السيد سابق – فقه السنة – الجزء الثاني- مرجع سابق ص 115 و مابعدها.

3- قد تكون زيادة عدد الإناث في أي شعب أكثر من عدد الرجال، و الأمر مطرد في أكثـر الأمـم وللتكفل بالعدد الزائد من النساء يجب التعدد.

ولقد كتب الداعية أحمد ديدات في هذا الخصوص و تحت عنوان معضلة الفائض في النساء، قوله " يبدوا أن الطبيعة في حرب مع الإنسان ... فكأنا تريد الانتقام منه بسبب ذكائه، لكنه لا يريد الإصـغاء إلى حلول مقترحة من رب السماوات و الأرض" ويضيف " الكل يجمع على أن معـدل ولادات الـذكور مساوٍ لمعدل ولادات الإناث في أغلب أنحاء العالم، لكن معدل وفيات الذكور أكبر بكثير مـن معـدل وفيات الإناث ... عجبا من الجنس اللطيف. فعدد النساء الأرامل فاق دوما عدد الرجال الأرامل، تعاني إذاً كل الدول من فائض في النساء فبريطانيا لديها 4 ملايين، ألمانيا 5 ملايين، الاتحاد السوفياتي 7 ملايين، الولايات المتحدة الأمريكية 7،8 ملايين ..." [439].

4- حصول الموازنة بين الرجال و النساء، خاصة بعد الحروب، فبعد الحرب العالمية الثانية مثلا لـوحظ زيادة النساء على الرجال بشكل واضح ... فمن يستوعب تلك الزيادة غير نظام التعدد [440]، وفي هـذا الحال وعندما انعقد مؤتمر الشباب العالمي بمدينة ميونيخ الألمانية عام 1948 و حضره بعض المسلمين مـن مصر، و تطرق المؤتمر إلى مشكلة زيادة عدد النساء بألمانيا أضعافا مضاعفة عن عـدد الرجـال، بعـد الحرب، و يبحث المشاركون عن الحل، فاقترح المصريون التعدد كحل، وخرج المؤتمر بذلك كتوصـية للمؤتمر، و فيما بعد سكان بون عاصمة ألمانيا الغربية طلبوا أن ينص الدستور على إباحة تعدد الزوجات [441].

5- أن استعداد الرجل للتناسل يمتد من البلوغ إلى سن متأخرة، و المرأة لا تتهيأ لذلك باستمرار بسـبب مدة الحيض و النفاس، و الحمل و الرضاع و المرض و غير ذلك، فكيف يكون حال الرجل ؟ و الأفضل أن يحصن نفسه أحسن من إتخاذ خليلة و الزنا المحرم.

6- ما يطرأ على الحياة الزوجية من أمور، تجعل التعدد ضرورة لازمة مثل عقم الزوجة و رغبة الزوج في الإنجاب، أو مرضها و عدم القدرة على القيام بشؤون البيت [442]، و رعاية الأولاد إن وجدوا -وهو ما

---

[439]- أحمد ديدات – كتاب محمد ε الخليفة الطبيعي للمسيح عليه السلام –ترجمة يوسف بوف غول –دار الهدى – عين مليلـة 1999 ص 75 –76 .

[440]- سعيد بويزري – محاضرات في قانون الأسرة الجزائري 2000 – 2001 –ص 9.

[441]- السيد سابق – فقه السنة – الجزء الثاني- مرجع سابق ص 117.

[442]- عبد العزيز سعد – الزواج والطلاق في ق.أ.ج –مرجع سابق، ص 150 .

[3]- بدران أبو العينين بدران - الفقه المقارن للأحوال الشخصية –مرجع سابق، ص 130.

يفهم من مصطلح المبرر الشرعي الوارد في المادة 8 من ق.أ.ج خاصة إذا كـان الزوجـان متحابـان، وبالتعدد تتحقق مصلحة الزوجة في بقائها مع زوجها، ويحصل الزوج على ما يريد من الزوجة الثانية.
7- طبيعة بعض الرجال النفسية و البدنية تُوجِدُ عندهم رغبة جنسية جامحة، إذ ربمـا لا تشـبعه امـرأة واحدة، فمن الأحسن إشباع غريزته عن طريق الحلال المشروع [443].
8- إن تطبيق نظام التعدد في العالم الإسلامي، له فضل كبير في بقائه نقياً بعيدًا عن الرذائل الاجتماعية و الفضائح الأخلاقية، و الأمراض الجنسية المتفشية في المجتمعات التي لا تؤمن بالتعدد، حيث زاد عدد البغايا عن عدد المتزوجات في بعض الجهات، و النتيجة تدفق جيوش من الأولاد غير الشرعيين، و ما ينجر على ذلك من أتعاب مالية و اجتماعية و خلقية لدى بعض الدول، مثل الولايات المتحدة الأمريكيـة الـتي تستقبل أكثر من 205 ألف طفل غير شرعي كل عام [444]، ونفس الأمر في أوربا الغربيـة. وفي روسـيا حاليا هناك طفل واحد من ثلاثة هو إبن الزنا.
وبذلك ضاعت الأنساب الصحيحة، و تسربت عوامل الانحلال إلى النفوس، و كـذا العُقـد النفسـية والاضطرابات العصبية، و تفككت الأسر كل ذلك و غيره ناتج عن الدعارة المتفشية بشكل مفزع بعد ظهور داء جديد هو عزوبة النساء.
* تلك هي بعض المبررات التي تستوجب التعدد، و المنافع المتولدة عند تطبيق هذا النظام.
ولكنه قد يقال أنه يجب تقييد التعدد إلى أبعد الحدود، أو تحريمه أصلا بالنظر إلى ما يؤدي إليه من أضرار على الأسر و المجتمع منها كثرة العيال و الأولاد، و يثقل حمل الرجل في الإنفاق و العدل والتربية، فلا يقوم بواجباته على أتم وجه.
و الرد على ذلك هو ضرورة نشر التعليم في المجتمع و التربية الدينية و الخلقية لتفـادي كـل الأضـرار المحتملة الوقوع من التعدد، و الواقع يقول أنه قليل جدًا أن نجد متعلما يتزوج بأكثر من واحدة، حـتى و إن فعل فإنه يقوم بواجباته كاملة و على أتم حال.
كما قد يقال أن هدف تقييد التعدد إنما هو لدفع الضرر والظلم عن الزوجة الأخرى.
و الرد يكون بسؤال هو : هل تم التحقق من حسن معاملة الزوجة الأولى ومحافظتها على حقوق زوجها وبيته، مع أنه من الصعب معرفته [445] ؟، و ربما سوء معاملتها هو الدافع الباعث للزواج بأخرى.

[443]- بدران أبو العينين بدران - الفقه المقارن للأحوال الشخصية – نفس المرجع، ص 130.
[444]- السيد سابق – فقه السنة – الجزء الثاني- مرجع سابق ص 120.
[445]- بدران أبو العينين بدران - الفقه المقارن للأحوال الشخصية – مرجع سابق ص 150 و ما بعدها .

إن المشرع فتح بابًا قانونياً للزوجة هو أن تشترط في عقد زواجها ألا يتزوج عليها، حمايةً لها من الضرر الذي قد يترتب على التعدد.

و يضيف بعض المتهجمين على نظام التعدد و يطالبون بإلغائه أو تقييده، بحجة أنه يمس بكرامة المرأة وعواطفها و إنسانيتها و إهانة لها و غير ذلك.

و مثل هذا يدعوا إلى الدهشة و التعجب، وما ذلك إلا تجم أعمى، وتطاول على أحكام الشريعة الإسلامية بشكل غير مباشر، و باتخاذ شعار تحرير المرأة و كأنا أمةً، أو مسجونة ومتضررة وهو نتاج تقليد غير واعي للثقافة الغربية المتبرجة التي جردت المرأة من قيمتها و إنسانيتها و كرامتها.

و إذا كان يجب الدعوة إلى تحرير المرأة فيجب تحريرها من نفسها، و من استعمالها كوسيلة للدعاية في معارض الأزياء المتلفزة و الإعلانات التجارية المصورة، و بتحريرها من الدعارة و البغاء بعد تجميلها ودفعها إلى الملاهي والمراقص، وتحريضها على الفسق و الفجور حتى تشبع التمتع بالفساد والأخلاق، بل و كأن إرتكاب الكبائر و الفواحش و عصيان الله سبحانه و تعالى هو التطور، فأصبح كل حرام مباح باسم التطور و التقدم.

و في هذا المضمار و ردًا على ادعاءات الغرب و تجمه على الإسلام و تحت عنوان لا حل إلا بتعدد منتظم ومحدود يقول الداعية أحمد ديدات " يدعي العالم الغربي التسامح إزاء الملايين الذين يقترفون اللواط والمنحرفين جنسيا ( ثلث الرجال في مدينة نيويورك يمارسون اللواط فهم شاذون جنسياً ...)[446]. كما يجعلون مصدرا للضحك و الفخر أن تكون لرجل عشرات العشيقات تلدن له العشرات من أبناء الزنا، فيوصف مثل هؤلاء بالرجولة و القوة الجنسية . إن الإسلام يحمل الإنسان مسؤولية لذتِهِ، فلما الوقوف في وجه رجل قبل بتحمل المسؤولية و امرأة أرادت أن تشارك حياة رجل ؟

إن الغرب يسخر من تعدد الزوجات بالرغم أن العديد من أنبياء الله مارسوا مثل هذا الحق ... ويتساءل " فكيف للغرب إذًا أن يتسامح مع مقترفي فاحشة اللواط و يعتبر تعدد الزوجات شذوذاً عن الفطرة ".

أما الإسلام فقد شرف المرأة، وأعطى لها حقوقها، وجعل الجنة تحت أقدام الأمهات، و القرآن الكريم جعلها سكن للرجل و لباس له، و لذلك لا يمكن الدعوة إلى تحرير المرأة من تطبيق أحكام الإسلام الحنيف عليها.

## المبحث الثالث : التطليق للفاحشة المبينة.

[446]- أحمد ديدات – محمد ε الخليفة الطبيعي للمسيح عليه السلام –مرجع سابق ص 78- 79.

لقد ختم المشرع الجزائري المادة 53 بالفقرة 7 عندما نص على جواز طلب الزوجـة للتطليـق للفاحشة المبينة ... ونتطرق إلى ذلك في مطلبين الأول بعنوان المقصود بالفاحشـة، و المطلـب الثـاني نخصصه لبعض الصور التي تلحق بالفاحشة كالزنا و الخمر.

## المطلب الأول - المقصود بالفاحشة :

لقد نصت المادة 53 الفقرة الأخيرة على أنه: يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لارتكاب زوجها فاحشة مبينة Faute immorale grave .

من الصعب تعريف الفاحشة بدقة ولكن يمكن حصر مفهومها من خلال مدلولها اللغوي، كما هو شائع الاستعمال وكما استعمله القرآن الكريم.

فنقول عن الأمر أنه فاحش إذا زاد عن الحد المعقول، فيقال رجل فاحش أي معتد في القول، أو يقـال خسارة فاحشة أي كبيرة، أو غبن فاحش أي إذا جاوزت الزيادة ما يعتاد مثله [447].

وفي القرآن الكريم وردت عدة آيات كريمة تصور الفاحشة في الأمور التي تخل بالأنظمة العامـة والسلوكات الاجتماعية إخلالا كبيراً منها :

- قوله تعالى: [ وَلا تَقْرَبُوا الزنَى إِنهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلا ] [448].

- وقوله سبحانه وتعالى: [ لا تُخْرِجُوهُن مِنْ بُيوتِهن وَلا يَخْرُجْنَ إِلا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِنَـةٍ وَتِلْـكَ حُدُودُ اللهِ وَمَنْ يَتَعد حُدُودَ اللهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ] [449].

-ويقوله تعالى أيضا:[ ولا تنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنْ النسَاءِ إِلا مَا قَدْ سَلَفَ إِنهُ كَانَ فَاحِشَةً ] [450].

- ويقول في آية أخرى : [ قُلْ إِنمَا حَرمَ رَبي الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ ] [451].

وهناك العديد من الآيات الأخرى التي ذكرت الفاحشة منها الآيات 14- 15- 18 –21- 24 من سورة النساء.

---

[447]- المنجد في اللغة و الاعلام –طبعة 22- دار المشرق بيروت 1973 – ص570.

[448]- الآية 32 من سورة الإسراء .

[449]- جزء من الآية الأولى من سورة الطلاق.

[450]- الآية 22 من سورة النساء .

[451]- الآية 33 من سورة الأعراف .

من هنا نفهم أن المقصود بالفاحشة المبينة في هذه الفقرة 7 من المادة 53 من ق.أ.ج هو فعل الزنا مما يمس بالأمانة الزوجية وبكرامة الزوجة [452]، وكذلك تناول أم الخبائث الخمر، وكذا الشـرك بـالله، والردة، أو الاعتداء على قاصرة وكل فعل مخل بالآداب بصفة خطيرة و جسيمة [453].

وعليه فإذا تبين للزوجة، أن زوجها قد ارتكب فاحشة معينة و أصبحت الحياة الزوجية لا تطاق، فإنه يجوز لها أن ترفع دعوى قضائية لتطلب الحكم بتطليقها من زوجها، وعليها أن تقدم الأدلة والحجج لإثبات فعل الفاحشة و تقنع القاضي بذلك، حتى يحكم لها بما تريد طبقا للفقرة الأخيرة من المادة 53 من ق.أ.ج .

وارتكاب الزوج لفاحشة مبينة – كسبب لطلب التطليق، يكاد ينفرد بالنص عليها قانون الأسرة الجزائري دون سواه من قوانين البلاد العربية و الإسلامية [454].

وعلى ذلك فإن القاضي حين ترفع إليه الزوجة طلب التطليق بناء على ارتكاب زوجها لفاحشة، فإنه لا يجيبها إلى طلبها إلا بعد أن يتأكد من أن الفعل المرتكب فاحش انطلاقا من سلطته التقديرية...

و السؤال الذي يفرض هنا نفسه هو، ما هو المعيار الذي يعتمد عليه القاضي ليقرر قياساً عليـه وعلى ضوئه، ما إذا كان الفعل الذي ارتكبه الزوج فاحش أو غير فاحش؟.

للإجابة على السؤال يجب على القاضي تقدير الفعل هل هو فاحش أو غير فاحش، أن يعتمـد علـى عناصر أساسية هي مقتضيات العقل السليم، ونظرة الدين إلى الفعـل، وكذا الإرادة الاجـتماعية العامة [455].

**1**- فالعقل السليم ومقتضى المنطق و الموضوعية يرفض الانحراف عن السلوك السوي، وينفر من الخطـأ المفضي إلى انحطاط الآداب والأخلاق والفساد، ويهتدي في أحكامه بقواعد إسلامية نزيهة طيـبة مبنية على الشرف و الرحمة و الإباء وعزة النفس. إذن العقل السليم يرفض الزنا جملةً وتفصيلا، لأنـه فعـل فاحش خطير متهور، سواء تم في سرية أو علانية، يرفض اتخاذ الدعارة حرفة وسببا للعـيش الشـريف، يرفض الاتجار في الخمر وجعله مصدرا للرزق وغير ذلك.

---

452- عبد العزيز سعد – الزواج والطلاق في ق.أ.ج - مرجع سابق ص 275.

453- بلحاج العربي- الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري – ج1 – ديوان المطبوعات الجامعية طبعة 1999 – ص 305.

454- عبد العزيز سعد – الزواج والطلاق في ق.أ.ج – نفس المرجع، ص 275.

455- فضيل سعد -شرح قانون الأسرة الجزائري "الزواج والطلاق"- مرجع سابق، ص 299.

2- نظرة الدين إلى الفعل: حيث أن الحلال بَيِّنٌ و الحرام بَيِّنٌ في الإسلام، فيعتبر في نظر الدين فاحشة كل فعل كان من الكبائر، والكبائر هي المعاصي التي فيها حد في الدنيا و وعيد في الآخرة، و ورد فيها وعيد بنفي إيمان أو لعن[456] و إخراج من رحمة الله.

و من هذه الكبائر الشرك بالله أو عصيان الوالدين أو الزنا أو اعتداء على قاصر أو اللواط وغير ذلك من الأفعال الشيطانية، التي لا يتقبلها الدين و العقل و المجتمع.

3- الإرادة الاجتماعية: حيث يهتدي القاضي بناءًا على إرادة المجتمع المسلم، في شكله المثالي المتمسك بقيمه الدينية، وأصالته على نحو يطابق كتاب الله و سنة رسوله، أي المجتمع الصالح الذي يتصرف أفراده وفقا لأحكام صحيحة.

فإرادة المجتمع العامة، لا ترضى بالمنكر و الفواحش و الرذائل، التي يؤدي انتشارها في المجتمع إلى أضرار ضخمة وخطيرة، وعلى المشرع بالقانون وبواسطة العدالة أن يقاومها بكل شدة، وبالتالي فإتيان الزوج لمثل هذه الفواحش يجب أن يعاقب حتى يكون عبرة لغيره.

و المشرع الجزائري عندما نص على الفاحشة فإنه يهدف إلى تطهير المجتمع، و تنظيف حياته وتنظيمها، فكل فعل تستنكره القيم الإسلامية و الأخلاقية يكون فاحشا، يبيح للزوجة أن تطالب التطليق بناءًا عليه، وللقاضي في كل الحالات السلطة التقديرية في ذلك، فيمكن أن يحكم بالتطليق إن ما تأكد من إدعاء الزوجة، و أثبتت هذه الأخيرة بكل وسائل الإثبات اقتراف زوجها للفاحشة المبينة مما يُفضي إلى استحالة استمرار العلاقة الزوجية.

و أعتقد أن أكبر صور الفواحش هي أخطاء جسمية لا تغتفر، والتي لا تغتفر من الحدود، والحدود من حقوق الله سبحانه، وهي التي تفسد المجتمع فلا تحفظ النفوس من الهلاك، و لا الأعراض من الانتهاك، و لا الأنساب من الاختلاط و لا الأموال من الابتزاز، ولا العقول من الإفساد.

ذلك أن المصالح المعتبرة في دنيا المجتمع، هي النفوس و العقول و الأعراض و الأديان و الأموال، وعليه فاعتبر إجراما قتل النفوس، وزوال العقول بالمسكرات و انتهاك الأعراض بالزنا و اللواط والقذف، و إفساد الأديان بالفكر و الردة و البدعة و إتلاف الأموال بالسرقة و الغصب[457].

## المطلب الثاني - بعض الصور التي تلحق بالفاحشة :

456- شمس الدين الذهبي –الكبائر- دار الفكر بيروت – ص8.

457- عبد الرحمان الجزيري كتاب الفقه على المذاهب الأربعة- ج 5- مرجع سابق – ص48.

ومن باب إعطاء بعض الصور التي تلحق بالفاحشة المبينة المنصوص عليها في المادة 53 الفقـرة 7 من قانون الأسرة الجزائري ، نتطرق باختصار إلى الزنا و شرب الخمر، باعتبارهما من الكبائر والفواحش.

**الفرع الأول - الـزنـا.**

**أ- في الإسلام :**

لقد دعا الإسلام الحنيف إلى الزواج، و حبب فيه، واعتبره نصف الدين وهو أسلم و أصح طريق لتصريف الغريزة الجنسية وإشباعها، أباح التعدد عند الضرورة، و نظم تنظيما محكما الزواج من البدايـة إلى النهاية، بأحكام شرعية راقية مناسبة لطبيعة البشر، بهدف الوصول إلى مجتمع مثالي فاضـل شـريف طيب.

ومن جهة أخرى، فإنه حرم أي اتصال جنسي غير مشروع، و شدد العقوبة إلى أقصى درجـة، واعتبر الزنا من أبشع الجرائم التي ترتكب ضد الشرف والأخلاق والفضيلة و الكرامة، بل و ضد الأسرة والمجتمع ككل، لأنها تقوض بناء المجتمع، و تفتت الأسر و تختلط الأنساب، و تقطع العلاقات الزوجية، وضياع الأولاد، وتشردهم بالإهمال.

فجريمة الزنا من أخطر أمور الحياة كلها، بل أشدها تعلقًا بنظامها، وتماسكها وترابطها، ولذلك إهتم الشارع الحكيم بهذا أكبر اهتمام، صونًا للروابط الأسرية مما يهددها من بلاء وأخطار، فذكر عقاب فاظع لمن يرتكب هذه الجريمة الشنعاء، وحسناً فعل المشرع الجزائري، عندما لم يهمل الـنص عليهـا في قانون الأسرة، مستعملا عبارة الفاحشة المبينة، فهل تبقى الحياة عادية وسليمة بين الزوجين، إذ ما أقـدم الزوج على ارتكاب فاحشة الزنا ؟ و هل يعاقب بتطليق زوجته جبراً عنه فقط؟، إنه عنصر خبيـث في المجتمع، و يجب استئصاله جذريًا بقتله أو إعدامه حتى يكون عبرة لغيره، ويصبح المجتمع بذلك نقيا، وهذا ما يجب أن يكون. أما على أرضية الواقع فالأمر مخالف تماماً، حيث انتشر الفسق والـدعارة، والبغـاء والانحلال حتى أصبح أكثر من أهل الجاهلية قبل الإسلام [458]، والمسؤولية تقع على المجتمـع ككـل و الأولياء.

إن كل اتصال جنسي قائم على أساس غير شرعي، يعتبر زنا تترتب عليه العقوبة المقـررة مـن حيث أنه جريمة من الجرائم التي حُدِدَتْ عقوباتها [459]، شرعا بإقامة الحد، وقانوناً بالعقوبـة " 339 مـن قانون العقوبات الجزائري" .

---

[458]- عبد الرحمان الجزيري – كتاب الفقه على المذاهب الأربعة – ج5- مرجع سابق . ص 49 وما بعدها.

[459]- السيد سابق – فقه السنة – الجزء الثاني- مرجع سابق ص 405.

و يتحـقق الزنا الموجب للحد في الشريعة الإسلامية، بتغيب الحشفة ( رأس الحشفة ) في فـرج محرم ( بخلاف فـرج الزوجة فإنه حلال ) مشتهى بالطبع ( فتخرج فروج الحيوانات ) من غير شـبهة نكاح ( من يطء معتقدا أنها زوجته شبهة )[460].

ولتطبيق حد الزنا في الفقه المالكي يجب توفر شروط هي :

1- أن يكون الزاني و الزانية بالغًا.

2- عاقلا فيخرج الصبي و المجنون.

3- أن يكون مسلما فلا يحد الكافر إن زنى بكافرة.

4- أن يكون طائعًا غير مكره.

5- أن يزني بآدمية فإن أتى بهيمة فلا حد عليه.

6- أن يوطأ مثلها، فإن كانت صغيرة لا يوطأ مثلها فلا حد عليه و لا عليها، ولا تحد المـرأة إذا كـان الواطئ غير بالغ .

7- أن لا يفعل ذلك بشبهة فإن كان بشبهة سقط الـحد، مثل أن يظن بـامرأة أنـها زوجتـه، أو مملـوكته فلا حد.

8- أن يكون عالما بتحريم الزنا [461].

وهناك اختلافات فقهية بين الفقهاء في المذاهب الأربعة بهذا الصدد، نتفادى ذكرها حتى لا نخرج عـن موضوع البحث.

**- أما مقدار الحد فهو أنواع** :

1- الرجم بالحجارة حتى الموت، وذلك للحُر المحصن و الحرة المحصنة، ولا يجلدان قبل الرجم عند جمهور الفقهاء بخلاف إبن حنبل.

2- جلد مائة جلدة وتغريب عام إلى بلد آخر للرجل غير المحصن.

3- جلد مائة جلدة دون تغريب للحرة المحصنة.

واتفق الأئمة على أن شروط الإحصان خمسة هي :

الحرية ، و البلوغ، و العقل ، أن يكون متزوجا بامرأة محصنة بعقد صحيح، وأن يكون دخل بها ووطئها في حالة جاز فيها الوطء ، و هما على صفة الإحصان [462].

---

[460]- السيد سابق – فقه السنة – الجزء الثاني- نفس المرجع ص 405.

[461]- عمر رضا كحالة -سلسلة بحوث اجتماعية –جزء 3 و 5 –مؤسسة الرسالة –الطبعة الثانية – 1984 – ص 101 وما بعدها.

و يكون الرجم بحجارة متوسطة بقدر ما يرفع الرامي، ويحضر ذلك طائفة من المؤمنين لقوله تعـ ـالى [ وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِنْ الْمُؤْمِنِينَ]. و يثبت الحد بالاعتراف، بأن يعترف بارتكاب فاحشة الزنـا أو شهادة أربعة شهود، أو ظهور الحمل، وقد قال عمر بن الخطاب: الرجم إذا أحصن، وإذا قامت البينـة، أو كان الحمل أو الاعتراف [463].

هذا باختصار شديد عن الزنا كفاحشة عظمى في الإسلام فالعقوبة فظيعة بقدر فظاعة الجرم المرتكـب، والأصل أن الزوجة لا تطلب التطليق لأن زوجها سيعاقب و نهايته الموت بحكم دين الله، و لكن الأمـر مختلف في ظل القوانين الوضعية.

**ب - الـزنـا** في **القـانون الوضـعي** :

لقد اختلفت التشريعات الوضعية في نظرتها إلى الزنا، فالشريعة الإسلامية تعاقب علـى الزنـا، وتحارب الرذيلة في شتى صورها مثلما تقدم، و على العكس من ذلك بعـض التشـريعات، كالقـانون الإنجليزي لا يعاقب على الزنا حتى ولو وقع من زوج أو زوجة، لأنه لا فائدة من معاقبة من لا تردعـه مبادئ الأخلاق، و الجزاء الطبيعي هو الحكم بالفرقة أو الطلاق [464].

أما غالبية التشريعات فإنها تتوسط بين المذهبين، أي بين العقوبة الشديدة الواردة في الشريعة الإسـلامية، وبين القانون الإنجليزي الذي لا يعاقب مرتكب الزنا و لو كان محصنًا.

حيث أنها لا تعاقب على كل علاقة جنسية غير شرعية، أي على الفعل باعتباره رذيلة في حد ذاته، وإنما قصرت العقاب على الفعل الصادر من متزوج، لأنه انتهاك لحرمة عقد الزواج المقدس.

و في نفس الوقت تشترط تحريك الدعوة القضائية من طرف المجني عليه –الزوجة – إذا كان الزوج هـو الزاني لأن الجريمة لا تمس بآثارها المجتمع [465]، ولكن نظرًا لأن الزوجة هي الأكثر تضرراً، و لها أن تتنازل عن الدعوى القضائية في أية لحظة كانت، بحيث تنقضي الدعوى بهذا التنازل.

---

462- عبد الرحمان الجزيري -كتاب الفقه على المذاهب الأربعة- ج 5- مرجع سابق – ص 58.

463- الإمام مالك بن أنس -الموطأ – الجزء 1 –مرجع سابق– ص 823.

464- د – محمد صبحي نجم – شرح قانون العقوبات الجزائري – ديوان المطبوعات الجامعية – 1981 – ص 88.

465- –جندي عبد المالك – الموسوعة الجنائية ج4 – دار المؤلفات القانونية – بيروت لبنان ص 84.

وبهذه المبادئ أخذ المشرع الجزائري بمقتضى المادة 339 من قانون العقوبات [466]، فإنه " يقضي بـالحبس من سنة إلى سنتين على كل امرأة متزوجة ثبت ارتكابها جريمة الزنا، وتطبق العقوبة ذاتها على كل مـن ارتكب جريمة الزنا مع امرأة يعلم أنها متزوجة .

ويعاقـب الزوج الذي يرتكب جريمة الزنا بالحـبـس من سنة إلى سنتين، وتطبق العقوبة ذاتـها علـى شريكتـه.

ولا تتخذ الإجراءات، إلا بناءًا على شكوى الزوج المضرور، وأن صفح هذا الأخير يضع حـدًا لكـل متابعة ".

وتـنص المادة 341 من نفس القانون على أن " الدليـل الذي يقبل عن ارتكاب الجريمة المعاقب عليهـا بالمادة 339 يقوم إما على محضر قضائي يحرره أحد رجال الضبط القضائي عن حالة تلبس، و إمـ ـ ـا بإقرار وارد في رسائل أو مستندات صادرة من المتهم، وإما بإقرار قضائي".

ونلاحظ أن المشرع الجزائري، قد أخذ أحكام الزنا من القانون الفرنسي، حيث تأثر قانون العقوبـات الجزائري لعام 1966 بقانون العقوبات الفرنسي لعام 1910 [467]. ومن خلال نص المادة 339 من قـانون العقوبات السابقة نستخلص الشروط الواجب توفرها لاعتبار الزوج زان وهي :

1- وقوع الوطء وهو شرط أساسي، حيث تحصل العلاقة الجنسية بين الزوج وشريكته في الجريمة، فـلا يؤثر كون المرأة قد بلغت سن اليأس فلا تحمل مثلا، لأن الغرض من العقاب على الزنا صـيانة لحرمـة الزواج [468].

2- قيام الزوجية كشرط ثاني، فإذا حصل الفعل في فترة الخطوبة مثلا، فلا يعتبر الرجل زان، لأن قيـام الزوجية مقرون بعقد الزواج الصحيح، كما لا تقع جريمة الزنا إذا حدث الطلاق البائن، لأنـه يقطـع علاقة الزوجية و بالتالي لا تستطيع الزوجة تحريك دعوى جنائية، ولا حتى طلب التطليق من الزوج.

---

[466]- أمر رقم 66 – 156 مـؤرخ في 8 جوان سنة 1966 يتضمن قانون العقوبات مواد معدلة و متممة بقانون 82 – 04 المؤرخ في 13 فيفري 1982.

[467]- شرح قانون العقوبات الجزائري –الأحكام العامة للجريمة – د/ رضا فرج – طبعـة 2 – 1976. الشـركة الوطنيـة للنشـر والتوزيع، ص 90.

[468]- د / محمد صبحي نجم -شرح قانون العقوبات الجزائري– مرجع سابق، ص 90 .

3- القصد الجنائي، حيث يرتكب الزوج الفعل عن إرادة ووعي و إدراك وعلم بأنه يتعدى على شرف زوجته، أما إذا حصل أن وطء امرأة معتقدا أنها زوجته، أو تم ذلك رغما عن إرادته نتيجة للتهديـد أو الإكراه، أو أي سبب من الأسباب المعدمة للرضا، فإنه ينـتفي القصد الجنائي.

و ثبوت وقوع الجريمة يكون حسب نص المادة 341 السابقة ذكرها، إما بمحضر قضائي عن التلبس بهذه الجريمة، أو بإقرار و اعتراف من المتهم، أو بإقرار قضائي.

هذا باختصار شديد مع الإشارة أن الجريمة تقوم ولو رضيت الزوجة، فالرضا لا يبيح الزنا، لأنه مخـالف للنظام العام[469].

و إذا ما حدث أن ثبتت الجريمة، وطبقت العقوبة، فاللزوجة حق مطلق في طلب التطليق طبقا للفقـرة 7 من المادة 53 من قانون الأسرة، و القاضي يحكم بذلك، لأن ثبوت الحكم الجنائي وحيازته لقوة الشـيء المقضي به، يعد إثبات لوقوع فعل الزنا الذي يلحق بالفاحشة المبينة، وذلك بعد تحريك الزوجة للدعوى، وتأكد القاضي من توفر أركان الجريمة و شروطها، باعتبارها في قانون العقوبات الجزائري من الجنح.

في النهاية نلاحظ أن الفرق ضخم بين العقوبة المقررة في الشريعة الإسلامية و هي الرجم للمحصن، لأن الأمر يتعلق بالحدود، و التي هي من حقوق الله عز وجل، بمعنى أن الجريمة تمس مصالح المجتمع.

وبخلاف ذلك نجد التشريعات الوضعية مثل القانون المصري و الجزائري و غيرهما تجعل الجريمـة ضـمن الجنح، و الدعوى فيها يحركها المجني عليه، والخلاف واضح.

### الفرع الثاني - شرب الخمر :

ومن بين الصور التي يمكن أن تلحق بالفاحشة المبينة إن ما أردنا أن نتوسع في مفهوم الفاحشـة، تناول الزوج للخمر، وهو ما يسمح للزوجة أن تطلب الحكم لها بالتطليق، إن ما استطاعت أن تثبـت بالدليل القوي أن زوجها يتعاطى شرب الخمر بشكل متكرر وبصورة تدفعه إلى ارتكاب حماقات مختلفة، و إتيان تصرفات يسيء بها إلى الزوجة و الأولاد، وإلى سمعة الأسرة، والإضرار باقتصادها وأموالها وأمنها وراحتها. وقد يؤدي في الغالب شرب الخمر إلى التخلي عن الواجبات الزوجية، أو لم يصفها الرسول ε أنها أم الخبائث، فهو بذلك مفتاح كل البلايا والانحراف.

---

[469]- د / محمد صبحي نجم -شرح قانون العقوبات الجزائري– نفس المرجع ، ص 91 .

فالخمر من أفحش الأعمال وأعظمها خطرا على المجتمع، مما ينشأ عند تناولها مـن شـرور و أضـرار ومصائب، ولذلك نجد أن القرآن الحكيم قد حرمها حيث يقول تعالى عز وجل [ يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالأَنصَابُ وَالأَزْلامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ] [470] .

فوصف الخمر بالرجس أي القذارة دليل على أضرارها، والعقل السليم ينفر من الرجس الذي يدل على القبح و الخبث، و وصفه شرب الخمر أنه من عمل الشيطان، ولأن الشيطان نجس، خبيث كـافر، ولا يدعوا إلا إلى الخبث [471].

وقد روي عن الرسول ع أنه قال " حرم الله الخمر بعينها و المسكر من كل شراب " [472].

وقال أيضا " مدمن خمر كعابد وثن " [473]، كما ورد أن الخمر أم الفواحش، و أكبر الكبائر، ومن شرب الخمر ترك الصلاة، و وقع على أمه و عمته.

فشارب الخمر يصبح فاقد العقل، وإذا غاب العقل استولت الشهوة و الغضب، مما يؤدي إلى المشاحنة و ربما إلى الضرب و القتل فضلاً أن أشد العداوة، و البغضاء بين أفراد المجتمع الواحد، كما يؤدي إلى الفقر وتخريب اقتصاديات الأسر، وبالتالي زوال راحتها و سعادتها.

ولنتصور زوجة على أرض الواقع تنتظر كل مساء زوجها المخمور، و كيف تقاسي معه وتحاول جاهدة إسكاته و تدئته، فكم تصبر على هذا الحال ؟. بل وكيف يكون حال الولد الصغير، الذي يرى أباه يتلوى سكران أمامه ... فأضرار الخمر كثيرة وتحريمها ليس عبثا، إنما حفاظا على البشر من الأمراض الجسمية و النفسية و الاجتماعية والاقتصادية ، المتولدة عن انتشار هذه الآفة وتثبت بعض الإحصائيات أنه يحدث 21 جريمة في كل دقيقة في الولايات المتحدة الأمريكية ، والمتسبب الأكبر في ذلـك الخمـر، حيث يوجد في هذا البلد أكثر من 55 مليون مدمن وسكير، وظاهرة الإدمان خطيرة تفشت في العـالم بأسره [474].

إن أخطار الخمر على الزوجة و الأسرة ككل عديدة، فكم هي جروح الزوجة عميقة، عندما ترى رب بيتها على تلك الحال. فعوض أن يسهر على أسرته تربيةً ، وحمايةً وإنفاقاً وتعليماً، ... هاهو يتنـاول

---

[470]- الآية 90 من سورة المائدة .

[471]- عبد الرحمان الجزيري -كتاب الفقه على المذاهب الأربعة- ج 5- مرجع سابق ص 10.

[472]- إبن حمزة الحسيني الدمشقي – البيان و التعريف في أسباب ورود الحديث الشريف، دار الكتاب العربي –بيروت 1981.ص 21

[473]- شمس الدين الذهبي-الكبائر – مرجع سابق ، ص 82.

[474]- الشيخ أحمد ديدات - محمد ع الخليفة الطبيعي للمسيح عليه السلام ، مرجع سابق . ص 66 و 67.

الحرام المفضي إلى خسارة في الدنيا و الدين، في النفس و المال ، لذلك جعله الشـرع الإسـلامي مـن الحدود، لكن غالبية القوانين الوضعية لا تعاقب على تناول الخمر، بل هناك من الـدول الـتي تشـجع التجارة و الاستثمار في الخمور وأخواتا .

و أعتقد شخصيا أن إلحـاق شرب الخمـر بالفاحشة، أمرًا منطقـيـاً لما يترتب عن ذلك من أضرار، ولاربما تقدُم الزوجة إلى المحكمة طالبةً التطليق لهذا السبب، يؤدي إلى تراجـع الزوج المـدمـن عن هذا السلوك المفلس عندما يلاحظ أنه يفقد الزوجة والأولاد، وإلا فإنه يجب إزالة الضـرر الـذي يصيب الزوجة ، فالمبدأ معروف في الإسلام ومن ورائه قانون الأسرة الجزائري " أنه لا ضرر و لاضرار".

## ملحق خاص ببعض الاجتهادات القضائية من المحكمة العليا :

1- حيث أنه إذا كان للزوج أن يوقع الطلاق أمام القاضي فليـس لـه أن يستبد في معاشـرة زوجته أو يمنعها حقا مخولا لها من قبل الشرع أو يضارها بما لا تحمل الإقامة معه ذلك أنه للزوجة طلب التطليق منعًا للضرر و القاضي جعل له الشرع ولاية عامة في ذلك منعًا للإضرار الذي من أنواعه الضرب المتكرر المؤلم، كما أن الزوجة تشكت من عدم الإنفاق و هذا سبب أخر من أسباب التطليق، فكان على القاضي أن لا يكتفي بوعد الزوج بأنه لا يعود إلى مثل ذلك سيما أن الزوجة مطالبة بحقها ويقول الإمام خليل و لها التطليق بالضرر، فمجلس قضاء باتنة اكتفى بالقول بأن دعوى الزوجة ليست مؤسسـة و لم تأت بينة، مع أنه لم يطلب ذلك منها و الزوج يؤاخذ بإقراره. فالقرار إذن غير مسبب تسبيبا كافيـا و ليس له قاعدة شرعية فيتعين نقضه.

م.ع.غ.ق.خ، 12/01/1971 ، ن،ق ، 1972 ، عدد 2 ص 61.

*********

2- حيث قضاة الأساس استنتجوا من وقائع الدعوى بما لهم من سلطة تقديرية مطلقة بأن بقـاء الزوج مع زوجة ثانية بعيدًا عن الزوجة الأولى فيه ضرر، و أن بقاء الزوجة وحدها في الواحات بينمـا يسكن الزوج بالعاصمة مع الزوجة الثانية مخالف للعدل المأمور به شرعًا، فليس في هذا رقابة للمجلـس الأعلى عليهم، كما أن القرار المطعون فيه لهذا الاعتبار ليس فيه أي تناقض. فإذا كان ليس مـن حـق الزوجة إلزام زوجها بأخذها كلما اضطر للسفر، فلا يوجد مقابل ذلك أي نص أخر يلزم الزوجة بالبقاء في المحل المحدد مكانه بموجب عقد الزواج و لو انتقل الزوج إلى مكان أخر، وعليه فإن هـذا الوجـه كسابقه لا يثبت للتمحيص.

م.ع.غ.ق.خ، 03/02/1971 ، ن،ق ، 1972 ، عدد 2 ص 41.

*********

3- إن القواعد الشرعية تقر للزوجة الحق في مطالبة زوجها بإسكانها منفردة مستقلة عن أهله و لو لم تكن تحفظت بذلك الحق حين عقد النكاح أو سبق لها أن سكنت مع أقارب بعلـها ثم اشـتكت الضرر بسبب جوارهم، وحيث أن المستفاد من مراجعة القرار المنتقد أن الزوجة أسست طلبها الانفصال بالسكن عن أهل زوجها على الضرر الذي تشكوه من العيش مع أختين له عانستين تعيشان تحت سقفه وعلى تصرفه موضحة أن هاتين تتعديان عليها بقساوة المعاملة و الإهانة و الضرب والشتم. وحيـث لم يأخذ قضاة الموضوع باعتبار تلك الشكوى و اكتفوا بإلزام الزوج بإعداد السكن المطلوب بشق لاحـق

لدار أهله و في جوارهم المباشرة مع أن الزوجة تشتكي من ذلك الجوار نفسه فهذا يكون قرارهم هضم حقًا ثابتًا للزوجة شرعًا، مما يعرضه للنقض و الإبطال.

م.ع.غ.ق.خ، 1971/03/03 ، ن،ق ، 1972 ، عدد 2 ص 33.

*********

4- حيث يتضح من القرار المطعون فيه أن المجلس لما قضى بالطلاق بين الزوجين استند إلى حالة الزوجة المتضررة التي أثبتت شكواها بالشهادات الطبية و تأكد من سوء سيرة الزوج، فالحكم عليه من المحكمة الجنائية بعقوبة شائنة، فأستنتج في نطاق اجتهاده المطلق أن ذلك ضرر لحق بالزوجة ولها طلب الطلاق بالضرر الأمر الذي قضى به لها المجلس، وحيث أن الزوجة استشهدت بثلاث شهادات طبية تثبت أن زوجها ضربها وجرحها أمام المجلس و لم تقدمها للقاضي الأول، فإن هذا لا يعتبر دعوى جديدة لم تسبق إثارتها أمام المحكمة الابتدائية وإنما الاستدلال بها من قبل التوسع الممكن القبول لا من قبل الطلب الجديد، ومن ثم فإن القرار جاء معللاً تعليلاً كافيًا و الوجه مردود على صاحبه.

م.ع.غ.ق.خ، 1971/03/10 ، ن،ق ، 1972 ، عدد 2 ص 48.

*********

5- من المقرر قانونًا أن تسليم ملف القضية إلى النيابة العامة وفقاً للمادة 141 ق.إ.م ، لا يكون واجبا في حالة الحكم يرفض طلب التطليق المقدم من طرف الزوجة و الحكم عليها بالرجوع. كما أن إدعاء الزوجة على زوجها بضربه إياها لا يكتفي في إثباته بشهادة الطبيب إذ هي لا تعتبر بينة شرعية لعدم إفادتها القطع بأن الضرب المشهود به وقع من الزوج فعلاً. يقول خليل و بتعديه أي الزوج على زوجته بالضرب أو الهجر و ثبوته بالبينة أو الإقرار زجره من طرف الحاكم.

م.ع.غ.أ.ش، 1982/01/11 ، ملف رقم 26535 ن.ق عدد خاص، 1982، ص 240.

م.ع.غ.أ.ش، 1984/12/03 ، ملف رقم 34267 م،ق 1990 ، عدد 1، ص 79.

*********

6- القرار المطعون فيه قد خالف أحكام الشريعة الإسلامية في الطلاق الذي هو ملك في عصمة الزوج الذي ما فتئ في كل مراحل الخصام يطلب رجوع زوجته، وبالتالي الحكم بتطليقها من جانب قضاة الموضوع لا مبرر له شرعا و قانونًا.

م.ع.غ.أ.ش، 1983/03/14 ، ملف رقم 29236 ن.ق 1986 عدد 3،ص 83.

7- من المقرر شرعًا أنه لا يسوغ الحكم بفك العصمة الزوجية بين الزوجين بطلب من الزوجة وحدها إلا إذا ثبت الإضرار بها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقًا لقواعد الشريعة

الإسلامية. ولما كانت الزوجة أشارت في مقالاتا المتعددة بعجز زوجها عن ممارسة العلاقات الجنسية معها، فإنه كان من الواجب على قضاة الاستئناف إثبات ذلك بصفة شرعية و قانونية قبل التصريح بحكمهم، غير أنم لما قضوا بالتطليق اعتمادًا على نفور الزوجة من زوجها و على امتناعها من العودة إليه، فإنم بقضائهم هذا خالفوا أحكام الشريعة الإسلامية ومتى كان الأمر كذلك استوجب نقض القرار المطعون.

م.ع.غ.أ.ش، 1984/05/14 ، ملف رقم 33275 ، م ق، 1990، عدد 2 ص75.

*********

8- من المقرر فقها وقضاء أنه إذا كان الزوج عاجزًا عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج، و أن الاجتهاد القضائي استقر على أن تكون الزوجة أثناء تلك المدة بجانب بعلها و بعد انتهائها، فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطليق، فإن القضاء بما يخالف هذه المبادئ يعد خرقاً لقواعد الشريعة الإسلامية. إذا كان الثابت أن قضاة الاستئناف لم يحترموا هذه القاعدة الشرعية و اعتبروا أن الفترة التي مكثت فيها الزوجة سابقا بسكن زوجها دون استطاعة هذا الأخير مباشرتا جنسيا تعد كافية لإثبات عجزه المستمر عن ذلك، والحال أن الاجتهاد القضائي استقر على أن السنة التي تمنح للزوج يبدأ مفعولها من تاريخ تنفيذ الحكم القضائي با فإن هؤلاء القضاة خالفوا مبادئ و أحكام الشريعة الإسلامية فيما قضوا به، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على الوجه المثار من الطاعن.

م.ع.غ.أ.ش، 1984/11/19 ، ملف رقم 34784 ، م.ق 1989 ، عدد 3 ، ص 73.

*********

9- من المقرر شرعًا أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة و أنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره، أما التطليق فهو حق للمرأة المتضررة وترفع أمرها للقاضي الذي يطلقها، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقًا لأحكام الشريعة الإسلامية. ومتى كانت الشريعة الإسلامية تخول إثبات تصريح الزوج بالطلاق بواسطة سماع شهود حضروا وسمعوا بذلك من نفس الزوج، أو بواسطة شهادة مستفيضة، فإنه يجب على القضاة أن يجروا تحقيقًا لسماع الشهود الذين علموا بالطلاق و ليس لهم بعد ذلك أن يوافقوا على صحة طلاق أثبت أمامهم، وكذلك فإن القرار الذي قضى بأن الطلاق لا يثبت إلا بتصريح الزوج أمام القاضي، يعد مخالفًا للشريعة الإسلامية ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على الوجه المثار من الطاعن بمخالفة هذا المبدأ.

م.ع.غ.أ.ش، 1984/12/03 ، ملف رقم 35026 م.ق 1989 ، عدد 4 ، ص 86.

*********

10- من المقرر فقها وقضاء في أحكام الشريعة الإسلامية أن عدم الإنفاق على الزوجة لمدة تزيد عن شهرين متتابعين يكون مبررا لطلبها التطليق عن زوجها وذلك لما نص عليه الفقيه ابن عاصم، بقوله : الزواج إن عجز عن إنفاق لأجل شهرين ذو استحقاق بعدهما الطلاق لا من فعله وعاجز عن كسـوة كمثله، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقًا لقواعد فقهيـة مسـتمدة مـن الشـريعة الإسلامية. إذا كان الثابت أن المطعون ضده أدين جزئيا من محكمة الجنح بتهمة الإهمال العائلي و حكم عليه غيابيا بسنة حبسا منفذة، فإن قضاة الاستئناف برفضهم طلب الطاعنة المتعلق بالتطليق خرقوا أحكام هذا المبدأ الشرعي. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسًا على الوجه المثار مـن الطاعنة في هذا الشأن.

م.ع.غ.أ.ش، 1984/11/19 ، ملف رقم 34791 م.ق 1989 ، عدد 3 ، ص 76.

*********

11- من المقرر شرعًا أنه لا يسوغ للزوجة أن تطلب التطليق أو الحصول عليه إلا بعد أن تثبـت الضرر الخطير و المستمر الذي لحقها من بعلها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقًا لمبادئ الشريعة الإسلامية. و لما كان ثابتا -في قضية الحال- أن قضاة الإستئناف برروا قرارهم بالتطليق علـى مجرد تصميم الزوجة على التفرقة بينها وبين زوجها وعلى استحالة الحياة المشتركة فإن هذا التبرير يعـد مخطئا و لا يكفي بالتطليق، مما يستوجب معه نقض وإبطال القرار المطعون فيه تأسيسا على الوجه المثار بمخالفة هذا المبدأ.

م.ع.غ.أ.ش، 1984/12/17 ، ملف رقم 34767 م.ق 1990 ، عدد 1 ، ص 92.

*********

12- من المبادئ المستقر عليها في أحكام الشريعة الإسلامية، أن الزوجة لا تطلق جبرًا عن زوجها إلا إذا أثبتت الضرر الحاصل لها بالوسائل الشرعية ولا تعد عدم رغبتها في البقاء مع زوجه سبباً لتطليقها منه. و القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ الشرعي، يستوجب النقض القرار الذي بتطليق الزوجة إذا ما تأسس على عدم رغبتها في البقاء مع زوجها.

م.ع.غ.أ.ش، 1985/02/25 ، ملف رقم 35891 م.ق 1989 ، عدد 1، ص 80.

13- من المقرر شرعا وقضاء أن الحكم بتطليق الزوجة جبرًا على زوجها يكون مخالفا للقواعـد الشرعية و القانونية إذا كان غير قائم على أحد الأسباب الموجبة لإثباته شرعاً، و من ثم فإن القضاء بمـا يخالف هذا المبدأ يعد خرقًا لقواعد شرعية. ولما كان ثابتا – في قضية الحال – أن الزوج تمسك بطلـب

إرجاع زوجته في سائر مراحل النزاع. ومع ذلك فإن قضاة الموضوع قضوا بالطلاق بين الزوجين بتظليم الزوجة. فإنهم بقضائهم كما فعلوا خرقوا قواعد شرعية وقضائية، ومتى كان كذلك استوجب نقض و إبطال القرار المطعون فيه.

م.ع.غ.أ.ش، 25/03/1985 ، ملف رقم 36784 م.ق 1990، عدد 2 ، ص 50.

*********

14- من المقرر شرعًا أنه إذا طال أمد النزاع بين الزوجين و لحق الزوجة من ذلك ضرر بين، وإقتنع القضاة بضرورة التفريق بينهما، فإنه لا سبيل من حال إلا بفك الرابطة الزوجية، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالقصور أو تناقض في الأسباب و مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية في غير محله يستوجب رفضه. ولما كان ثابتا-في قضية الحال – أن النزاع بين الطرفين طال أمده و بقي كل منهما مصرًا على موقفه، فإن قضاة الموضوع بقضائهم بالتفريق بين الزوجين كان قرارهم سليماً و غير مشوب بالقصور أو التناقض في الأسباب و غير مخالفين لأحكام الشريعة الإسلامية أو لمبدأ حجية الشيء المقضي فيه. ومتى كان كذلك إستوجب رفض الطعن.

م.ع.غ.أ.ش، 20/05/1985 ، ملف رقم 36414 م.ق 1990 ، عدد 2 ، ص 58.

*********

15- من المقرر فقها وقضاء أنه إذا ثبتت الإساءة من طرف الزوجة و كانت هي التي تطالب بالتطليق لا الزوج رفضت دعواها بإجماع الفقهاء، ذلك أنه ليس للمرأة الحق في طلب فسخ الزواج قبل البناء إلا بمقابل خلع تدفعه للزوج.

م.ع.غ.أ.ش، 02/12/1985 ، ملف رقم 38341 ن.ق عدد 44، ص 190.

*********

16 – إن التعدي على الزوجة و إهانتها و مس كرامتها بصفة صيرت علاقتها الزوجية أمر مستحيلا هي أسباب كافية لتبرير تطليقها و المصادقة على الحكم المعاد. وعليه فالقرار لم يخالف قواعد النفقة فيما يتعلق بالطلاق و إثباته.

م.ع.غ.أ.خ، 13/01/1986 ، ملف رقم 39025 ، غير منشور.

17- حيث أن إسكان الزوجة بعيدا عن أقارب زوجها هو حق من حقوقها وإن تمادي هذا الأخير في رفض طلب توفيره لها فلا مجال لإجبارها على العودة إلى السكن الذي يسكنه، وخاصة مع الضرة و لو لم يثبت الضرر لها بمشاجرة ونحوها. وحيث أن الطاعن ينادي بإرجاع المطعون ضدها في سكنى تجمعها مع ضرتا و هو أمر رفضته هذه. و مع هذا الاختلاف فلا سبيل لحل سوى ما سلكه

القرار المطعون فيه، فإسكان الزوجة منفردة واجب لها كواجب النفقة و إن لم تقبل البقاء مع زوجها و طلبت التطليق للضرر أجيبت له، والقرار المطعون فيه إذا اعتبر تمادى الزوج في الرفض المذكور مضـرًا بالزوجة لها الحق في التطليق بسببه وهو على صواب.

م.ع.غ.أ.ش، 1986/01/13 ، ملف رقم 39390 ، ( غير منشور).

*********

18- إن تصريح الطاعن أمام الحاضرين بأنه لم يجد زوجته بكرًا ومع ذلك لم يحتفظ بما دليل على أنها لم تكن كذلك و أن القصد هو تلطيخ سمعتها و الطعن في شرفها لا غير، ومن ثم فالحكم بتطليقهـا هو الجزاء الشرعي في القضية مما أصابها من ضرر و موافقة المجلس على الحكم هو ما تقـرره القواعـد الشرعية.

م.ع.غ.أ.ش، 1986/05/05 ، ملف رقم 40429 ، ن.ق ، عدد 44 ، ص 179.

*********

19- حيث أنه يتضح من الرجوع إلى القرار المطعون فيه أن القضاة ركزوا حكمهم في إصـدار التطليق على الضرر الذي جاء نتيجة حكم جزائي صدر عن الطاعن في 23 نوفمبر 1982، غير أنهـم لم ينظروا إلى الحكم المذكور ولم يوجبوا إحضاره أمامهم حتى يستنبطوا مدى خطورة الضرب المـؤدي إلى الضرر البين الذي تستحق به الزوجة التطليق وهل كان الضرب من قبيل التأديب أي الضرب غير المبرح الذي قال به الفقه. وحيث عدم إرفاق ملف الطعن بالحكم المذكور من جانب المطعون ضدها التي أمرت بإحضاره يجعل الضرب المعول عليه غير ثابت من حيث خطورته مما يستحيل على المحكمـة العليـا أن تمارس حق رقابتها كما ينبغي، و عليه فإن القرار المطعون فيه جاء مستويا بالقصـور و الـنقض ممـا يستوجب نقضه .

م.ع.غ.أ.ش، 1986/05/05 ، ملف رقم 40934 ، غير منشور.

*********

20 – حيث ثبت بالرجوع إلى القرار المطعون فيه وأوراق ملف الطعن أن المجلس بعـد سمـاع ملاحظات الطرفين و ممارسة للسلطة التقديرية المخول له أسس قراره على عدة شهادات تثبت أن الزوج يستعمل عدة مرات العنف على زوجته و أنه إعترف بالضرب وأن محكمة حسن داي –القسم الجزائي- حكمت على المدعي في الطعن مرتين في 27 سبتمبر 1980 وفي 01 مارس 1982، ومن ثم فـإن الطـلاق الذي صرح به المجلس بطلب الزوجة جاء معللا و أن القرار لم يخالف الشريعة الإسلامية مما يستوجب رد الوجهين.

م.ع.غ.أ.ش، 1986/05/05 ، ملف رقم 41104 ، غير منشور.

*********

21- حيث أن الزوجة لا تطلق على زوجها قهرًا عليه بدعوى الضرر إلا إذا كان لها من الأسباب الشرعية مما يجوز لها ذلك ، و القاضي ملزم بالتثبت من وجوده وكونه يصل إلى الحد الذي يوجب الطلاق، وبالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين منه أنه ليس فيه شيء من هذا القبيل. كما أن التطليق جعله الشارع للمرأة و لكن حصول الضرر لها فعلاً وتحديد نوعه وإقامة الحجة عليه، وليس في قضية الحال تحديد واضح لنوعية الضرر و بالأحرى الدليل عليه. و من ثم فإن القرار المنتقد حاد عن الشرع و قصر في طلب الدليل مما يعيبه و يعرضه للنقض.

م.ع.غ.أ.ش، 1986/05/05 ، ملف رقم 40618 ، غير منشور.

*********

22- إن المبدأ الذي استقر علي الاجتهاد القضائي أن الزوجة التي تطلب الطلاق لا يمنح لها التعويضات، ومن ثم فإن المحكمة العليا بعد المداولة القانونية قررت نقض القرار المطعون فيه نقضًا جزئيًا في التعويض دون إحالة.

م.ع.غ.أ.ش، 1986/05/05 ، ملف رقم 41104 ، غير منشور.

*********

23- حيث أن الزوج لم يقم بواجباته الزوجية اتجاه المدعية في الطعن بمضي معظم أوقاته مع الزوجة الثانية، و بالتالي فإن الزوج لم يطبق قاعدة المساواة بين الزوجين طبقاً للشريعة، و أن بناء على ذلك قضى الحكم المعاد الصادر في 26 سبتمبر 1981 بالتطليق بين الزوجين و بنفقة للزوجة و أولادها بإسناد حضانتهم لها، وأنه أثناء الإستئناف صدر القرار المطعون فيه الذي قضى برجوع الزوجة إلى بيت الزوجية بدون الرد على دفوع المدعية في الطعن و بخرق الشريعة الإسلامية مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه دون إحالة إذ الحكم المعاد سليم .

م.ع.غ.أ.ش، 1986/05/05 ، ملف رقم 41445 ، غير منشور.

24- حيث حقا أن الشريعة الإسلامية قررت بأن يجوز لها طلب التطليق و التحصيل عليه إذا لحقها ضرر من زوجها و ثبت ذلك الضرر ثبوتا قاطعا. وحيث أن ثابت من الرجوع إلى القرار المنتقد أن قضاة الإستئناف اعتمدوا في حكمهم بالتطليق على تصريحات الزوجة المتعلقة بتحريمها وبتهمتها بفاحشة الزنا من طرف زوجها تلك التصريحات التي لا زالت إلى حد الآن لم تثبت إثباتا شرعيا، ولاسيما أن المطعون ضدها لم تشر أمام المحكمة الابتدائية إلى تلك التهم و اكتفت وقتئذ بقولها أن

زوجها كان يعاملها بقسوة و طردها من داره ليلاً و أخيرًا طلبت الرجوع. وحيث أن الوجه سليم، ومن ثم فإنه يتعين نقض القرار المطعون فيه.

م.ع.غ.أ.ش، 1986/05/05 ، ملف رقم 41703 ، غير منشور.

*********

25- إن تطليق الزوجة زوجها يدخل في قضايا حالات الأشخاص التي فرضها القـانون قبـل الفصل فيها إبلاغ ملفها إلى النيابة العامة.

م.ع.غ.أ.ش، 1986/06/02 ، ملف رقم 40962 ، ن،ق، عدد 44، ص 186.

*********

26- يعتبر طلب الزوج برجوع زوجته لمحل الزوجية، وطلب هذه الأخيرة التطليق أمام المجلـس القضائي طلبين جديدين إذا كان موضوع الدعوى طلب الزوج التعويض لعدم امتثال الزوجة للحكـم القاضي عليها بالرجوع لمحل الزوجية، و متى حكم بخلاف هذا المبدأ القانوني، استوجب نقض وإبطـال القرار الذي قضى في هذه الحالة بالطلاق.

م.ع.غ.أ.ش، 1986/06/30 ، ملف رقم 42870 ، م،ق 1989 عدد 2، ص 88.

*********

27- من المقرر شرعًا أن تطليق المرأة على زوجها من غير أن تأتي بأسباب شرعية الـتي تعتمـد عليها و من غير أن تثبتها بأدلة وحجج تقبل شرعًا يعد خرقًا للقواعد الشرعية. لما كان من الثابـت -في قضية الحال – أن المطعون ضدها أقامت دعوى بهدف تطليقها من زوجها بناءًا على أنه يهينها أو يسيء إليها دون أن تدعم أقوالها بأي دليل، فإن قضاة المجلس بإلغائهم الحكم المستأنف لديهم، ومـن جديـد القضاء بتطليقها خرقوا النصوص الفقهية و حكموا دون دليل. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.

م.ع.غ.أ.ش، 1987/01/12 ، ملف رقم 43864 م.ق ، 1991 ، عدد 1 ، ص46 .

*********

28- من المقرر فقها و قانونًا أنه يجوز طلب التطليق في حالتي استحكام الخلاف الطويـل بـين الزوجين أو في حالة عدم الإنفاق، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بخرق أحكام الشريعة غـير صحيح. ولما كان ثابتاً -في قضية الحال- أن المجلس القضائي لما قضى بتطليق الزوجة لطول أمد الخلاف بين الزوجين و ثبوت تضرر الزوجة لعدم الإنفاق يكون بقضائه كما فعل طبق القانون تطبيقًا صحيحًا. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.

م.ع.غ.أ.ش، 1987/01/26 ، ملف رقم 44457 ، م.ق 1991 عدد 4 ، ص 88.

*********

29- من المقرر شرعًا أن للزوجة الحق في السكن المنفرد بعيدًا عن أهل الزوج، فليس معنى هـذا أنها تطلق إذا لم يكن لها ذلك حالاً، بل يجرى عليه ما يجرى على النفقة. ومن ثم فإن النعي على القـرار المطعون فيه بمخالفة الشريعة الإسلامية و الخطأ في تطبيقها في غير محله يستوجب رفضه. لما كـان مـن الثابت -في قضية الحال- أن الزوجة ( الطاعنة ) علقت طلب الطلاق في حالة ما إذا رفض زوجها توفير سكن منفرد لها بعيدًا عن أهله، فإن قضاة المجلس بتأييدهم الحكم المستأنف لديهم، القاضي على الزوجة بالرجوع إلى بيت الزوجية التي زفت فيه ورفض الطلبات الأخرى اعتمادًا على إظهار الـزوج عجـزه وعدم قدرته على تلبية رغبتها طبقوا أحكام الشريعة الإسلامية تطبيقًا صحيحا و مـتى كـان كـذلك استوجب رفض الطعن.

م.ع.غ.أ.ش، 1987/02/23 ، ملف رقم 44994 ، م.ق 1990 عدد 3 ، ص 58.

*********

30- من المستقر عليه فقها وقضاء أن دعوى طلب التطليق من قبل الزوجة قبل الدخول لا تقبل إلا إذا كانت من وليها و لا يجاب إلا إذا كان له سبب وجيه، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبـدأ يعد مخالفاً للقواعد الشرعية لما كان من الثابت -في قضية الحال- أن المجلس القضائي لما قضـى بقبـول الدعوى الزوجة الغير مدخول بها و الحكم بتطليقها يكون قد خالف المبادئ الشرعية رغم أنها لا زالت تحت سلطة الولي المجبر والذي يعد مسؤولا عن إتمام الزواج أو تحمل نتائج عدم إتمامه. ومتى كان كذلك استوجب نقض و إبطال القرار المطعون فيه.

م.ع.غ.أ.ش، 1987/11/09 ، ملف رقم 47059 ، م.ق 1992 عدد 3 ، ص 72.

*********

31- من المقرر شرعًا و قانونا أن الطلاق لا يحكم به إلا إذا كان للزوجة من الأسباب الشـرعية ما يحق لها التطليق به، و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الشرعية والقانونية. لما كان من الثابت -في قضية الحال – أن الزوجة طلبت التطليق أمام المحكمة و أن زوجها علق قبوله علـى إسناد حضانة الأولاد إليه و على أن تخالعه دون أن تحقق الزوجة الشرطين فإن قضاة المجلـس بإلغـائهم الحكم المستأنف ومن جديد حكموا بالطلاق دون أن يكون طلب الطلاق أو التطليق صـريحًا يكونـوا بقضائهم كما فعلوا خالفوا القواعد الشرعية و القانونية، و متى كان كذلك استوجب نقض و إبطـال القرار المطعون فيه.

م.ع.غ.أ.ش، 07/12/1987 ، ملف رقم 44858 ، م.ق 1990 عدد 4 ، ص 50 و 51.

*********

32- من المقرر قانونا أنه يمكن للزوجة أن تطلب التطليق إذا توافرت أسبابه، ومن ثم فإن النعـي على القرار المطعون بإتعدام الأسباب و مخالفة القانون ليس في محله . ولما كان ثابت -في قضية الحال- أن الزوج تماطل في إرجاع زوجته ووقف موقفا سلبيا فإن المجلس بقضائه بتطليق الزوجة لتماطل الزوج في إرجاع زوجته طبق صحيح القانون، ومتى كان كذلك كان استوجب رفض الطعن.

م.ع.غ.أ.ش، 26/09/1989 ، ملف رقم 50519 ، م.ق 1992 عدد 2 ، ص 48.

*********

33- من المقرر في الشريعة الإسلامية أن المتعة شرعت شرعا للمرأة التي يختار زوجهـا فراقهـا وليس للمرأة التي تختار فراق زوجها.

م.ع.غ.أ.ش، 21/11/1988 ، ملف رقم 51614 ، م.ق 1990 عدد 4 ، ص 64.

*********

34- من المقرر شرعًا و قانونا أن تقديم الشهادات الطبية وحدها لإثبات الضرر في التطليـق لا يعمل بها باعتبار أن الطبيب لم يشاهد فاعل الضرب و إنما يشهد بما يراه على جسم الإنسان، ومـن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخافة للقواعد الشرعية و القانونية لما كان مـن الثابـت -في قضـية الحال-أن قضاة الإستئناف الذين ألغوا الحكم المستأنف لديهم، ومن جديد حكموا بالطلاق بطلب مـن الزوجة بناء على تقديم الشهادات الطبية وحدها دون وجود أي سبب تطلق به الزوجة على زوجهـا ، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القواعد الشرعية و القانونية. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار دون إحالة.

م.ع.غ.أ.ش، 02/01/1989 ، ملف رقم 52278 ، م.ق 1991 عدد 4، ص 95.

*********

35- من المقرر قانونا أن التعويض يجب على الزوج الذي طلق تعسفا زوجته و نتج عن ذلـك ضرر لمطلقته، فإن كل زوجة بادرت بإقامة دعوى قصد تطليقها من زوجها و حكم لها به، فالحكم لها بالتعويض غير شرعي، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد فهما خاطئا للقانون. ولما كـان مـن الثابت -في قضية الحال- أن الزوجة هي التي تطلب التطليق، فإن قضاة المجلس الذين وافقوا على الحكم الابتدائي وتعديلا له برفع مبلغ التعويض ونفقة العدة و نفقة الإهمال بالرغم من تصريح الحكم الابتدائي

بأن الزوجة رفضت الرجوع، فإنم بقضائهما كما فعلوا فهموا المادة 52 من قانون الأسرة فهما خاطئاً.
ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار جزئيا في التعويض و السكن ونفقة الإهمال.

م.ع.غ.أ.ش، 27/03/1989 ، ملف رقم 53017 ، م.ق 1991 عدد 1، ص 56.

*********

36 – من المقرر قانوناً أن تطليق الزوجة لعدم الإنفاق و الحكم لها به دون يمـين يعـد مخالفـا للأحكام الشرعية الإسلامية، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقًا للقانون ، ولما كان ثابتا- في قضية الحال- أن المجلس القضائي لما قضى بتطليق الزوجة و الحكم بتعويضها في غياب الـزوج دون إتباع الإجراءات المنصوص عليها قانوناً ودون أداء اليمين فيما يخص النفقة فبقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون و انتهكوا أحكام الشريعة الإسلامية . ومتى كان كذبك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه.

م.ع.غ.أ.ش، 27/11/1989 ، ملف رقم 56249 ، م.ق 1992 عدد 1، ص 51.

*********

37- من المقرر شرعًا و قانوناً أنه عند الحكم بالتطليق يتعين على القاضي تبيان نـوع الضـرر اللاحق بالزوجة وذكر وسائل إثبات الضرر ، فإذا ثبت الضرر للقاضي بشهادة الشـهود فلابـد مـن ذكرهم على الصفة التي يتطلبها القانون، ومن ثم يستوجب نقض القرار الذي اكتفى بذكر المادة 53 فقط ، وكذلك لعدم مراعاته للقواعد الشرعية في التطليق.

م.ع.غ.أ.ش، 27/11/1989 ، ملف رقم 56490 ،( غير منشور).

*********

38- من المقرر قانوناً أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي وعنـد نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق و إذا اشتد الخصام بين الزوجين وعجزت الزوجة عن إثبات الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خطأ في

تطبيق القانون. ولما كان ثابتا – في قضية الحال – أن المجلس القضائي لما قضى بـالطلاق دون مراعـاة أحكام المواد التالية : 49،55،56 ( ق.أ ) يكون بقضائه كما فعل خالف القانون و تجـاوز اختصاصـه.
ومتى كان كذلك استوجب نقض و إبطال القرار المطعون فيه.

م.ع.غ.أ.ش، 25/12/1989 ، ملف رقم 57812 ، م.ق 1991 عدد3، ص 71.

*********

39-من المقرر شرعا أن الطلاق هو حق للرجل صاحب العصمة و أنه لا يجوز للقاضي أن يحـل محله في إصداره إما التطليق فهو حق للمرأة المتضررة وترفع أمرها للقاضي الذي يطلقها، ومـن ثم فـإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية.

و لما كانت الشريعة الإسلامية تخول إثبات تصريح الزواج بالطلاق بواسطة سماع شهود حضورا وسمعوا بذلك من نفس الزوج، أو بواسطة شهادة مستفيضة، فإنه يجب على القضاة أن يجـروا تحقيقـا لسماع الشهود الذين علموا بالطلاق و ليس لهم بعد ذلك إلا أن يوافقوا على صـحة طـلاق أثبـت أمامهم، وكذلك فإن القرار الذي قضى بالطلاق لا يثبت إلا بتصريح الزوج أمام القاضي، يعد مخالفـا للشريعة الإسلامية.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على الوجه المثـار مـن الطـاعن بمخالفة هذا المبدأ.

م.ع. غ.أ.ش قرار رقم : 35026 بتاريخ 1984/12/03- م.ق 1989 العدد 4 ص 86.

*********

40-متى كان من المقرر شرعًا – أن سقوط النفقة عن الزوجة لا يكون إلا بعد ثبوت أنها بلغـت بالحكم النهائي القاضي برجوعها لمحل الزوجية و بعد ثبوت إمتناعها عن تنفيذ هذا الحكم ممـا يجعلـها ناشزا عن طاعة زوجها، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق الشريعة الإسلامية في غير محله و يستوجب الرفض.

إذا كان الثابت –في قضية الحال- أن الزوجة طالبت الحكم لها بالرجوع إلى محل مستقل عن أهل زوجها تفاديا لكل ما عساه أن يلحقها من ضرر وحكم لها بمطالبها من قضاة الموضوع فإنه لا مـبرر لاعتبـار الزوج في حالة نشوز و لا تستحق النفقة المقررة لها ما دام لم يثبت نشوزها أمـام

القضاة، فإن نفقتها تظل مستمرة و مستحقة لها مما يجعل القرار المطعون فيه مؤسسا تأسيسـا قانونيـا وشرعيا.

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.

م.ع. غ.أ.ش قرار رقم : 33762 بتاريخ 1984/07/09- م.ق 1989 العدد 4 ص 119.

*********

41-من المقرر قانوناً أنه تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى و للقاضي أن يحكم باسـ ـتحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيـ ـه بعـ ـدم التسبيب ليس في محله.

و لما كان ثابتا – في قضية ا لحال – أن قضاة الموضوع لما قضوا بدفع الزوج لمطلقته نفقة الإهمال ابتداء من رفع الدعوى إلى يوم النطق بالحكم طبقوا صحيح القانون و سببوا قرارهم تسبيبا كافيا.

و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن.

م.ع. غ.أ.ش قرار رقم : 57506 بتاريخ 1989/12/25- م.ق 1991 العدد 3 ص 65.

*********

42-من المقرر قانونا أنه لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد محاولة الصلح من طرف القاضي و عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق و إذا اشتد الخصام بين الزوجين و عجزت الزوجة عن إثباتا الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما و من ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون.

و لما كان ثابتاً - في قضية الحال – أن ا لملس القضائي لما قضى بالطلاق دون مراعاة أحكام المواد التالية : 49- 55 – 56 (ق س) يكون بقضائه كما فعل خالف القوانين و تجاوز اختصاصه.

ومتى كان كذلك استوجب رفض القرار المطعون فيه.

م.ع. غ.أ.ش قرار رقم : 57812 بتاريخ 1989/12/25- م.ق 1991 العدد 3 ص 71.

*********

43-من المقرر فقها و قانونا أنه يجوز طلب التطليق في حالتي استحكام الخلاف الطويل بين الزوجين أو في حالة الإنفاق و من ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بخرق أحكام الشريعة غير صحيح.

و لما كان ثابتا - في قضية الحال- أن ا لملس القضائي لما قضى بتطليق الزوجة لطول أمد الخلاف بين الزوجين و ثبوت تضرر الزوجة لعدم الإنفاق يكون بقائه كما فعل طبق القانون تطبيقا صحيحا.

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.

م.ع. غ.أ.ش قرار رقم : 44457 بتاريخ 1987/01/26- م.ق 1991 العدد 4 ص 88.

*********

44-من المقرر شرعا و قانونا أن تقديم الشهادات الطبية وحدها لإثبات الضرر في التطليق لا يعمل بها باعتبار أن الطبيب لم يشاهد فاعل الضرب و إنما يشهد بما يره على جسم الإنسان، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفة للقواعد الشرعية و القانونية .

لما كان من الثابت – في قضية الحال – أن قضاة الاستئناف الذين ألغوا الحكم المستأنف لديهم ومن جديد حكموا بالطلاق بطلب من الزوجة بناء على تقديم الشهادات الطبية وحدها دون وجود أي سبب تطلق به الزوجة على زوجها، فإنم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القواعد الشرعية والقانونية.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار دون إحالة.

م.ع. غ.أ.ش قرار رقم : 52278 بتاريخ 1989/01/02- م.ق 1991 العدد 4 ص 95.

*********

45-من المقرر قانونا أنه يمكن للزوجة أن تطلب التطليق إذا توافرت أسبابه ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون بانعدام الأسباب و مخالفة القانون ليس في محله.

و لما كان ثابتا في قضية الحال أن الزوج تماطل في إرجاع زوجته ووقف موقفا سلبيا فإن المجلس بقضائه بتطليق الزوجة لتماطل الزوج في إرجاع زوجته طبق صحيح القانون.

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.

م.ع. غ.أ.ش قرار رقم : 50519 بتاريخ 1988/09/26- م.ق 1992 العدد 2 ص 48.

*********

46-من المقرر شرعا و قانوناً أن تقدير النفقة يكون حسب وسع الزوج إلا إذا ثبت نشوز الزوجة ومن المقرر أيضا أن يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش و لا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم و من ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقًا لأحكام الشريعة.

و لما كان ثابتا – في قضية الحال – أن المجلس لما قضى بتحديد النفقة للبنت اعتبارا من تاريخ الدعوى القضائية دون أن يقدر ظروف الزوج و مدخوله ووسعه و المدة الزمنية التي مرت بها القضية و طول المرافعات يكون قد خالف القانون و أحكام الشريعة الإسلامية.

و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.

م.ع. غ.أ.ش قرار رقم : 51715 بتاريخ 1989/01/16- م.ق 1992 العدد 2 ص 48.

*********

47-من المقرر قانونا أن " يحق للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبراً شرعاً " ومن المقـرر أيضا أنه " في حالة الطلاق يحكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرر " و لما كان ثابتا أن الضرر اللاحق

بالزوجة كان مبالغًا فيه متعسفا من طرف الزوج فإن تطليق الزوجة وحده لا يكفي لجـبر الضـرر و تعويضها مقابل الأضرار اللاحقة بها ، فإن القضاة بقضائهم بتعويض الزوجة نتيجة إثبات الضـرر مـن طرف الزوج طبقًا لأحكام المادة 55 من قانون الأسرة قد طبقوا القانون ومتى كان كـذلك اسـتوجب رفض الطعن.

م.ع. غ.أ.ش قرار رقم : 181648 بتاريخ 1997/12/23- م.ق 1992 العدد 2 ص 55.

*********

48-الحكم بتطليق الزوجة على مسؤولية الزوج للمادة 53 من قانون الأسرة –طعن بالنقض- لأن الحكم الجزائي المحتج به كان بسبب ضرب الزوجة و لم تكن العقوبة بسبب تمة مساسا بشرف الأسرة كما تنص المادة 53 فقرتين 4 و 6 من قانون الأسرة – رفض الطعن.

إن إدانة الزوج بسبب ضربه لزوجته يعتبر ضررا حسب الفقرة 6 من المادة 53 من قانون الأسرة، ومن ثم يجوز تطليق الزوجة لهذا السبب .

م.ع. غ.أ.ش قرار رقم : 127948 بتاريخ 1996/01/16- نشرة القضاة العدد 54 ص 100 [475].

*********

49-حكم بالطلاق مع إلزام الزوج بدفع النفقة –استئناف- تأييد الحكم المستأنف – طعن، كون أن الحكم القاضي بالتطليق لم يتأكد من توفر الشروط المنصوص عليها في المادة 53 من قانون الأسـرة – نقض.

لا يجوز استئناف أحكام الطلاق ، إلا في الجوانب المادية ، عملاً بنص المادة 57 من قانون الأسرة ، التي تعتبر أحكام الطلاق صادرة بدرجة نهائية.

م.ع. غ.أ.ش قرار رقم : 101232 بتاريخ 1994/03/12- نشرة القضاة العدد 54 ص 97. [476].

*********

50-من المستقر عليه أن استفحال الشقاق بين الزوجين يقضي بالتفريق القضائي شرعًا .

ولما كان –في قضية الحال- أن المطعون ضدها تضررت من جراء استفحال الخصام مع زوجهـا لمدة طويلة مما نتج عن إصابتها بمرض الأعصاب و أصبحت الحياة مستحيلة بينهما .

---

[475] - قانون الأسرة -مدعم : بأحدث مبادئ و اجتهادات المحكمة العليا في مادتي الأحوال الشخصية و المواريث.-دلاندة يوسف لسنة 2001. ص 41 و ما بعدها.

[476] - قانون الأسرة ... -دلاندة يوسف –مرجع سابق- ص 42 .

فإن القضاء بقضائهما بتطليق الزوجة لهذا السبب كافي للتفريق القضائي، طبقوا صحيح القانون. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.

م.ع. غ.أ.ش قرار رقم : 139353 بتاريخ 1996/09/24- م.ق 1997 العدد 2 / 97 ص 66.

*********

51- من المقرر قانونا أن الطلاق المتلفظ به من قبل الزوجة غير جائز و لو تعددت ألفاظـه، وأن النشوز لا يثبت إلا إذا حكم على الزوجة بالرجوع فامتنعت. ولما تبين من الحكم المؤيد بالقرار موضوع الطعن الحالي، إن الزوج لم يتقدم بطلب الطلاق صراحة و أن العصمة بيده ، ومع ذلك تم الحكم بفـك الرابطة الزوجية مع حرمان الزوجة من حقها على نفقة العدة، فعن ذلك يعد مخالفا للشرع ويسـتوجب النقض.

م.ع. غ.أ.ش قرار رقم : 40428 بتاريخ 1986/04/21- م.ق 1993 العدد 4 / 93 ص 69.

*********

52-متى كان من المقرر فقها وقضاء في أحكام الشريعة الإسلامية أن عدم الإنفاق على الزوجـة لمدة تزيد على شهرين متتابعين يكون مبررا لطلبها التطليق عن زوجها وذلك وفقا لما نص عليه الفقيـه عاصم، بقوله الزوج أن عجز عن إنفاق لأجل شهرين ذو استحقاق بعدهما الطلاق لأمن فعله وعـاجز عن كسوة كمثله فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقًا لقواعد فقهية مستمدة من الشريعة الإسلامية.

إذا كان الثابت أن المطعون ضده أدين جزئيا من محكمة الجنح بتهمة الإهمال العائلي و حكم عليه غيابيا بسنة حبسا منفذة، فإن قضاة الاستئناف برفضهم طلب الطاعنة المتعلق بالتطليق خرقوا أحكـام هذا المبدأ الشرعي، و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على الوجه المثار مـن الطاعنة في هذا الشأن.

م.ع. غ.أ.ش قرار رقم : 34791 بتاريخ 1984/11/19- م.ق 1989 العدد 3 / 89 ص 76.

*********

53-من المقرر قانونا أنه يجوز طلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعا و لا سيما عند مخالفة شروط تعدد الزوجات أو التوقف عن النفقة أو أي ضرر آخر ينتج عن بقاء العصمة الزوجية .

و لما كان من الثابت – في قضية الحال- أن المجلس القضائي عندما قضى بتطليق الزوجة بسبب بقاءها مدة تقارب الخمس سنوات، لا هي متزوجة و لا هي مطلقة باعتبارها خرجت من بيت الزوجية و أخذت كل أثاثها منه، واستحالت الحياة الزوجية، فإن القضاة كما حكموا طبقوا صحيح القانون.

ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.

م.ع. غ.أ.ش قرار رقم : 75588 بتاريخ 1991/02/20- م.ق 1993 العدد 4 / 93 ص 78.

*********

54- من المقرر قانونا أن الأحكام بالطلاق غير قابلة للاستئناف ما عدا في جوانبها المادية .

و لما كان ثابتا –في قضية الحال- أن المطعون ضدها طالبت في دعوى خاصة بالتطليق، وضمت بعدها لدعوى الطاعن – الحالي- فإن إجراء الاستئناف المتبع يرفع النزاع برمته أمام المجلس، ولما قضى هذا الأخير بالتطليق فلأنه يندرج ضمن اختصاصاته شرعًا و قانوناً، وأن المادة 57 من قانون الأسرة – المحتج بها – لا تطبق على قضية الحال لكون الحكم المستأنف لم يقضي بالطلاق.

و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن.

م.ع. غ.أ.ش قرار رقم : 89635 بتاريخ 1993/04/27- م.ق 1994 العدد 1 / 94 ص 53.

*********

55- من المقرر شرعا أن تطليق المرأة على زوجها من غير أن تأتي بأسباب شرعية التي تعتمد عليها و من غير أن تثبتها بأدلة و حجج تقبل شرعًا يعد خرقا للقواعد الشرعية.

لما كان من الثابت – في قضية الحال- أن المطعون ضدها أقامت دعوى بهدف تطليقها من زوجها بناء على أنه يهينها أو يسيء إليها دون أن تدعم أقوالها بأي دليل ، فإن قضاء المجلس بالغائهم الحكم المستأنف لديهم و من جديد القضاء بتطليقها خرقوا النصوص الفقهية وحكموا دون دليل .

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.

م.ع. غ.أ.ش قرار رقم : 43864 بتاريخ 1987/01/12- م.ق 1991 العدد 1 / 91 ص 46.

*********

56- من المستقر عليه قضاء أن الشخص لا يقوم بإجراء لينتفع به غيره و أن القاضي ملزم بالاعتماد في حكمه على الأدلة الواضحة الثابتة التي تقدم إليه ، و يمنع عليه افتراض وجودها كما يمنع عليه معاملة الخصم بما قد يكون في نيته و إلا كان حكمه قد بناه على أمر غيبي و غير شرعي، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد انتهاكا صريحا للقانون.

و لما كان من الثابت –في قضية الحال- أن الطاعن أقام دعواه طالبا فيها الحكم على زوجته الرجوع إلى بيت الزوجية، فإن قضاة الاستئناف الذين قضوا بتأييد الحكم المستأنف لديهم القاضي برفض دعوى الطاعن و قبول طلب زوجته المتعلق بالتطليق و الحكم بتطليقها فإنهم بقضائهم كما فعلوا انتهكوا القانون. و تجاوزوا سلطتهم، فدعوى الرجوع إذا لم ينتفع بها صاحبها لا تنقلب ضده إلا في مسألة التعويض إذا كانت ظالمة منتهكا بذلك قواعد التقاضي و خرج من العلم بالظاهر ودخل إلى العلم بالغيب.

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.

م.ع. غ.أ.ش قرار رقم : 51906 بتاريخ 1989/01/02- م.ق 1991 العدد 1 / 91 ص 52.

*********

57- من المقرر قانونا أنه " يحق للزوجة أن تطلب التطليق لكل ضرر معتبر شرعاً " ومن المقرر أيضا أنه " في حالة الطلاق يحكم القاضي بالتعويض للطرف المتضرر " و لما كان ثابتا أن الضرر اللاحق بالزوجة كان مبالغ فيه متعسفًا من طرف الزوج فإن تطليق الزوجة وحده لا يكفي لجبر الضرر وتعويضها مقابل الأضرار اللاحقة بها، فإن القضاة بقضائهما بتعويض الزوجة نتيجة إثبات الضرر من طرف الزوج طبقا لأحكام المادة 55 من قانون الأسرة قد طبقوا القانون و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن .

م.ع. غ.أ.ش قرار رقم : 181648 بتاريخ 1997/12/23- م.ق 1997 العدد 1 / 97 ص 49.

58- متى كان من المقرر في الفقه الإسلامي – وعلى ما جرى به القضاء أنه إذا كان الزوج عاجزًا عن مباشرة زوجته يضرب له أجل سنة كاملة من أجل العلاج، و أن الاجتهاد القضائي استقر على أن تكون الزوجة أثناء تلك المدة بجانب بعلها و بعد انتهائها، فإن لم تتحسن حالة مرضه حكم للزوجة بالتطليق فإن القضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقًا لقواعد الشريعة الإسلامية.

إذا كان الثابت أن قضاة الاستئناف لم يحترموا هذه القاعدة الشرعية و اعتبروا أن الفترة التي مكثت فيها الزوجة سابقا بسكن زوجها دون استطاعة هذا الأخير مباشرتها جسميًا تعد كافية لإثبات عجزه المستمر عن ذلك، و الحال لأن الاجتهاد القضائي استقر على أن السنة التي تمنح للزوج يبدأ مفعولها من يوم تاريخ تنفيذ الحكم القاضي بها فإن هؤلاء القضاة خالفوا مبادئ و أحكام الشريعة الإسلامية فيما قضوا به، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسا على هذا الوجه المثار من الزوج الطاعن .

م.ع. غ.أ.ش قرار رقم : 34784 بتاريخ 1984/11/19- م.ق 1989 العدد 3 / 89 ص 73.

*********

59-من المقرر فقها و قانونا أنه يجوز طلب التطليق في حالتي استحكام الخلاف الطويـل بـين الزوجين أو في حالة الإنفاق و من ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بخرق أحكـام الشـريعة غـير صحيح.

و لما كان ثابتا – في قضية الحال- أن المجلس القضائي لما قضى بتطليق الزوجة لطول أمد الخلاف بين الزوجين و ثبوت تضرر الزوجة لعدم الإنفاق يكون بقضائه كما فعل طبق القانون تطبيقاً صحيحا.

و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن .

م.ع. غ.أ.ش قرار رقم : 44457 بتاريخ 1987/01/26- م.ق 1991 العدد 4 / 91 ص 88.

*********

60-من المقرر قانونا أنه يمكن للزوجة أن تطلب التطليق إذا توافرت أسبابه و من ثم فإن النعـي على القرار المطعون بانعدام الأسباب و مخافة القانون ليس في محله.

و لما كـان ثابـتا في قضية الحال أن الزوج تماطل في إرجاع زوجته و وقف موقفا سلبيا فإن

المجلس بقضائه بتطليق الزوجة لتماطل الزوج في إرجاع زوجته طبق صحيح القانون .

و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن.

م.ع. غ.أ.ش قرار رقم : 50519 بتاريخ 1988/09/26- م.ق 1992 العدد 2 / 92 ص 48.

*********

61-من المقرر قانونا أنه " يجوز للزوجة طلب التطليق مع التعويض استنادا على وجود ضـرر، معتبر شرعًا " .

و لما ثبت – في قضية الحال – أن القضية تتعلق بزواج تام الأركان، إلا أن الزوج تـأخر عـن الدخول بزوجته لمدة 5 سنوات، فإنه بذلك، يعتبر تعسفا في حقها، و يبرر التعويض الممنوح لها. مما يتعين رفض الطعن.

م.ع. غ.أ.ش قرار رقم :135435 بتاريخ 1996/04/23- م.ق 1998 العدد 1 / 98 ص 129

*********

62-من المقرر قانونا أن دعوى الطلاق من اختصاص محكمة مقر الزوجية ومن المقرر أيضـا أن تطليق الزوجة لعدم الإنفاق و الحكم لها به دون يمين يعد مخالفا للأحكام الشرعية الإسلامية و من ثم فإن القضاء بخلاف هذين المبدأين يعد خرقًا للقانون.

و لما كان ثابتا – في قضية الحال- أن المجلس القضائي لما قضى بتطليـق الزوجـــة و الحكـم بتعويضها في غياب الزوج دون اتباع الإجراءات المنصوص عليها قانونا و دون أداء اليمين فيما يخـص النفقة فبقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون و انتهكوا أحكام الشريعة الإسلامية .

ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.

م.ع. غ.أ.ش قرار رقم :56249 بتاريخ 1989/11/27- م.ق 1992 العدد 1 / 92 ص 51.

*********

**بعـض أحـدث القرارات الصـادرة من محكمـة النقـض المصـرية :**

1- حق الزوجة في طلب التطليق التفريق للعيب في الرجل ، شرطه جواز الاستعانة بأهل الخـبرة لبيان مدى استحكام المرض و مدى الضرر الناجم عنه .

( طعن رقم : 30 للسنة 59 قضائية " أحوال الشخصية " جلسة 1991/11/19).

********

2- التطليق للضرر شرطه وقوع ضرر من جانب الزوج دون زوجته واستحالة العشرة بينهما.

( طعن رقم : 34 للسنة 58 قضائية " أحوال الشخصية " جلسة 1989/12/26).

********

3- طلب الزوجة التطليق للضرر، مناطه ثبوت الضرر بما لا يستطاع معـه دوام العشـرة بـين الزوجين.

( طعن رقم : 17 للسنة 58 قضائية " أحوال الشخصية " جلسة 1990/01/16).

********

4- الحكم بالتطليق للضرر شرطه عرض محكمة أول درجة الصلح ورفضه مـن الحاضـر عـن المطعون ضده كاف لإثبات عجز المحكمة عن الإصلاح.

( طعن رقم : 65 للسنة 58 قضائية " أحوال الشخصية " جلسة 1990/04/24).

********

5- وجوب الإلتجاء إلى التحكيم في الـ اع بين الزوجين شرطه أن يتكرر من الزوجـة طلـب التطليق لإضرار الزوج بـا ، بعد رفض طلبها الأول مع عجزها عن إثبات ما تتضرر منه .

( طعن رقم : 65 للسنة 58 قضائية " أحوال الشخصية " جلسة 1990/04/24).

********

6- في حالة الإساءة المشتركة بين الزوجين ليس بلازم أن يكون التطليق ببدل الأمـر متـروك لاقتراح الحكمين .

( طعن رقم : 21 للسنة 58 قضائية " أحوال الشخصية " جلسة 1990/06/26).

********

7- التحكيم في دعوى التطليق شرطه أن يتكرر من الزوجة طلب التفريق لإضرار الزوج بـا بعد رفض طلبها الأول مع عجزها عن إثبات ما تتضرر منه .

( طعن رقم : 78 للسنة 58 قضائية " أحوال الشخصية " جلسة 1990/06/26).

********

8- التراخي في إتمام الزوجية بسبب من الزوج درب من دروب الهجر، النعي على الحكم بعـدم اتخاذ إجراءات التحكيم القانونية في شأن التطليق لغياب الزوج لا أساس له .

( طعن رقم : 92 للسنة 58 قضائية " أحوال الشخصية " جلسة 1990/12/18).

********

9- عناصر الضرر المجيز للحكم بالتطليق، استقلال محكمة الموضوع بتقديرها شرطه. إقامة قضائها على أسباب سائغة لها أصلها الثابت من الأوراق.

( طعن رقم : 149 للسنة 58 قضائية " أحوال الشخصية " جلسة 1991/03/26).

********

10- الضرر معياره شخصي تقديره موضوعي، اختلافه باختلاف بيئة الزوجين و ثقافتهما والوسط الاجتماعي الذي يحيط بما .

( طعن رقم : 29 للسنة 59 قضائية " أحوال الشخصية " جلسة 1991/06/21).

********

11- القضاء بالتطليق للضرر شرطه أن يكون الضرر أو الأذى واقعا من الزوج على زوجته وأن تصبح العشرة بينهما مستحيلة .

( طعن رقم : 131 للسنة 58 قضائية " أحوال الشخصية " جلسة 1991/05/07).

********

12- وجوب إلتجاء القاضي إلى التحكيم في النزاع بين الزوجين شرطه تكرار طلب التفريق من الزوجة لإضرار الزوج بما بعد رفض طلبها الأول مع عجزها عن إثبات ما تتضرر منه.

( طعن رقم : 94 للسنة 57 قضائية " أحوال الشخصية " جلسة 1991/06/04).

13- الضرر في مجال التطليق مقصوده إيذاء الزوج زوجته بالقول أو بالفعل إيذاء لا يليق بمثلها بحيث تعتبر معاملته لها في العرف معاملة شاذة، وتشكو منه المرأة و لا ترى الصبر عليها. لمحكمة الموضوع الاستناد إلى جميع صور سوء المعاملة التي تتلقاها المطعون عليها من الطاعن .

( طعن رقم : 83 للسنة 56 قضائية " أحوال الشخصية " جلسة 1992/01/21).

********

14- الحكم بالتطليق شرطه. ثبوت تضرر الزوجة من الزواج عليها بأخرى مما يتعذر معه دوام العشرة. عدم اشتراط استمرار المعاشرة الزوجية بعد الزواج بأخرى فترة من الزمن طالت أم قصرت.

( طعن رقم : 114 للسنة 59 قضائية " أحوال الشخصية " جلسة 1992/03/24).

********

15- التطليق للغيبة. وجوب قيام القاضي بضرب أجل للزوج الغائب -إذا أمكن وصول الرسائل إليه- و يكتب له يعذره بأنه يطلق زوجته عليه. إن لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه أو يطلقها. مقصوده حث الزوج الغائب على العودة للإقامة مع زوجته أو نقلها إليه. واختيار الزوج أحد الخيارات أثره انتفاء موجب التطليق .

( طعن رقم : 26 للسنة 58 قضائية " أحوال الشخصية " جلسة 1990/01/16).

تلك هي بعض الاجتهادات القضائية من محكمة النقض المصرية أخذنا بتصرف مـن موسـوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية للأستاذ المستشار محمد عزمي البكري ( ص 834 و ما بعدها ).

## الخــاتــمـــــــة :

لقد أحدث الإسلام تغيرا جذريا في حالة النساء من ناحية إحياء حقوقهن الطبيعية و إحلالهن من التمع في المكان اللائق بهن، فأصل أصولا جعلها في مستوى العقائد الأولية الضرورية .

فرفع مكانة المرأة وصانها من الاضطهاد و الاستبداد و التعسف الذي كان يلاحقها في السـابق، فضاعت حقوقها وفقدت كرامتها، وتبخرت إنسانيتها رغم أنها الأم والزوجة و البنت.

ففي الجاهلية كان الرجل إن ما بشر بأنثى كأن كارثة حلت به، و للتخلص منها يقوم بدفنـها حيةً ، وذلك ما أشار إليه القرآن الكريم في الآيات 58 و 59 من سورة النحل [ وَإِذَا بُشرَ أَحَدُهُمْ بِالْأُنثَى ظَل وَجْهُهُ مُسْوَدا وَهُوَ كَظِيمٌ، يَتَوَارَى مِنْ الْقَوْمِ مِنْ سُوءِ مَا بُشرَ بِهِ أَيُمْسِكُهُ عَلَى هُونٍ أَمْ يَدُسـهُ فِـي التُرَابِ أَلا سَاءَ مَا يَحْكُمُونَ ].

والأمر أدهى وأمر في مجتمع روما، حيث كان ينظر إلى المرأة على أنها كائن لا نفس له و أنها رجس .

- كما ظل العلماء وزعماء الديانات يبحثون و يتناقشون في تساءل عجيب : هل المرأة إنسان أو غـير إنسان ؟.

- فالنصرانية و اليهودية كانت المرأة فيهما مصدر للإثم، وعند اليونان ليس للمرأة أية حقوق تذكر.

- إن العبودية و التحكم و المقت العام أوصاف لازمت المرأة على طول القرون، ممـا أدى إلى إنـدثار شعورها بالكرامة وعزة النفس، حتى نسيت هي بنفسها أن لها في هذه الدنيا حقا تسـتحقه أو مكانـة اجتماعية تتبوؤها، بل كان من حق الرجل أن يظلمها و عليها أن تصبر لأنه بمرتبة المعبود لها.

هذه هي المرأة وذاك هو قدرها في نظر الديانات وفي رأي الذين يعتبرون رواد الفكر و الـوعي والإدراك و التشريع، حيث ينظر الجميع إلى المرأة على أنها سلعة تباع و تشترى ويقامر بها و يتاجر فيها و يراهن عليها.

فلما جاء الإسلام رفع من شأنها و اعترف بها إنسانا كامل الإنسانية، وخاطبها مثل الرجـل في العبادات و المعاملات وسائر فروع الشريعة. فللمرأة الحقوق مثل ما للرجل من حيث هي إنسـان. والله سبحانه عز وجل يقول : [ وَلَهُنَ مِثْلَ الَذِي عَلَيْهِنَ بِالمعَرُوفِ].

فالإسلام الحنيف منح المرأة الكثير من الحقوق المدنية و الاقتصـادية و الاجتماعيـة و الثقافيـة الواسعة، ولاحظ في تقرير هذه الحقوق عدة أمور منها وجوب إتاحة كل الفرص لها، حتى تسـتطيع أن تنمي قدراتها و مواهبها الفطرية في حدود النظام الاجتماعي .

كما منع الرجل مـن أن يُسيئ استعمال ما خُولَ له مـن رياسـة الأسـرة فلا يتخذ ذلك وسـيلة للظلم أو ذريعة للتعسف أو سبيلا للإضرار بها، و إن فعل فأضر بها فيجوز للمرأة بحكم الشرع الإسلامي أن تلجأ إلى القضاء طالبة تطليقها من زوجها المتعسف في حقها و الضار لها مهما كان نـوع الضـرر، وجاء المشرع الجزائري مقننا لأحكام الأحوال الشخصية، حيث منح المرأة حقوقها المختلفة في حدود ما شرعه الله لعباده.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة نجد أن المشرع الجزائري قد أجاز للمرأة طلب التطليق عنـد كـل ضرر معتبر شرعا . وذلك ما يتضح جليا من خلال عدة مواد خاصة المادة 53 التي تقضي بجواز طلـب المرأة للتطليق في سبع حالات هي : عدم الإنفاق ، أو للعيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، أو الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر، و كذا الحكم بعقوبة مقيدة لحرية الزوج لأكثر من سـنة فيهـا مساس لشرف الأسرة، وتستحيل معها مواصلة الحياة الزوجية، وكذلك الغيبة بعد مضي سنة بدون عذر ولا نفقة، بالإضافة إلى ارتكاب فاحشة مبينة، وكل ضرر معتبر شرعًا بما، في ذلك الضرر المتولـد عـن تعدد الزوجات .

تلك هي الحالات التي تضمنها بحثنا المتواضع و الذي نستنتج في خاتمته بعض الملاحظات الـتي نختصرها في ما يلي :

1- إن الأحكام الأسرية في الإسلام واسعة و متشعبة جدا، ولا يمكن أن تحصر بسهولة ضمن منظومة قانونية عادة ما يطلب فيها الدقة و الاختصار. وعليه فأحسن صنعا المشرع الجزائري، وبهدف سد كل فـراغ لجـأ إلى الإحـالة لأحكـام الشريعة الإسلامية في كـل ما لم يرد بصدده نص في المادة 222 ق.أ.ج.

2- إن مذهب الإمام مالك بن أنس هو الأصل التشريعي لقانون الأسرة في الغالب الأعم.

3- إن المشرع الجزائري قد منح للزوجة حق اللجوء إلى القضاء لطلب التطليق، إذا ما أصيبت بضرر من زوجها، وأسباب الضرر ذكر بعضها المشرع في المادة 53 وهي :

**أولاً**- أنه يجوز لها طلب التطليق إن ما عجز الزوج عن الإنفاق عليها، شريطة أن لا تكون راضية بفقره و عالمة بإعساره قبل أو أثناء العقد فذلك يسقط حقها في طلب التطليق .

كما ربط عدم إنفاق الزوج بضرورة صدور حكم قضائي يوجب الإنفاق، مصداقاً لقوله تعالى: [ وَلا تُمْسِكُوهُن ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا ] . فإنه لم يحدد المدة الزمنية التي لا ينفق خلالها الزوج عمدًا ويقصد الإضرار بها، والتي يجب توفرها قبل رفع الدعوى أمام المحكمة لطلب التطليق وإن كانت المدة هي ما ورد ذكرها في المادة 331 من قانون العقوبات وهي شهرين.

بالإضافة إلى ذلك فإن المشرع لم يفرق بين حالتين هما :

**أ** - حالة عدم الإنفاق مع قدرة الزوج على ذلك وهو الامتناع عمدا عن الإنفاق المقرر قانونا وشرعا.

**ب** – حالة عدم الإنفاق مع عجز الزوج عن ذلك بسبب لا يد له فيه، كوقوع حرب أو كارثة طبيعية أو بطالة ونحو ذلك.

وهما حالتان يجب التفريق بينهما و يجب أن لا يكون حكمهما واحد .

إذ ليس من المعقول من المعقول أن يعاني الزوج من البطالة مثلا من جهة، ويضاف إلى الطين بلةً بتطليق زوجته منه.

- ومن جهة أخرى فإن القانون لم يفرق بين الزوجة الغنية والفقيرة، فإذا كانت غنية تستطيع الإنفاق على نفسها وعائلتها، ولا يفرق بينهما مادام مناط التفريق هو الضرر الواقع على الزوجة، ولا ضرر هنا عليها مادامت غنية.

وحتى ولو كانت فقيرة يا حبذا لو أن المشرع أضاف شرط عدم قدرة الزوجة على الاستدانة إلى حين يسار زوجها، حفاظا على الأسر من التفكك وحتى لا تقيم العلاقات الأسرية بالمادة فقط.

**ثانيا** - بخصوص جواز التطليق للعيوب، حسنا فعل المشرع عندما أباح لها طلب التطليق لكل عيب يمنع من تحقيق لهدف من الزواج، لكنه لم يذكر ولو على سبيل المثال عيبين أو ثلاثة، وربما أحسن صنعا في ذلك حتى يتماشى الأمر مع العصر . فما كان في السابق علة مستعصية أصبحت اليوم تعالج بسهولة، كما أن التطور أفرز أمراض غير معروفة في السابق، و المشرع جعل معيار تحقيق الهدف من الزواج من عدمه هو الأساس.

- لقد أهمل المشرع النص على ضرورة منح الزوج مهلة بشأن العلل التي يمكن شفائها، لكن للقضاء سلطة تأجيل الفصل في دعوى التطليق للعيوب لمهلة معقولة، حتى يتمكن الزوج من المداواة و العلاج فلا يكون ذلك مخالفا للقانون، و لا يلحق بالزوجة ضرار فادحا.

- بالإضافة على ما تقدم فإن عبء إثبات المرض و الضرر المتولد عنه، واقع على عاتق الزوجة، وعند عجزها يمكن للقاضي أن يعيين طبيب خبير يفحص الزوج للتأكد من وجود أو عدم وجود المرض، أي الوصول إلى الحقيقة.

- لقد حصر حق طلب التطليق للعيوب في الزوجة دون الزوج – وهو مذهب الأحناف – و حسنا فعل لأن العصمة في يد الزوج ويملك الطلاق.

**ثالثا-** بخصوص طلب الزوجة التطليق بسبب الهجر في المضجع، لا يجب الخلط بين الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر الوارد في المادة 53، وبين الهجر بغرض التأديب من جهة، ومن جهة أخرى بينه وبين الايلاء الذي لم يذكره المشرع الجزائري في قانون الأسرة .

فيجب على القاضي قبل الحكم بالتطليق بناءا على دعوى الزوجة المؤسسة على الهجر في المضجع التأكد من توفر الأركان الأساسية الثلاثة وهي :

1- الركن المادي و اللاشرعي و هو الهجر الحقيقي .

2- الركن الزمني وهو الهجر لمدة 4 أشهر متتالية غير منقطعة .

3- الركن المعنوي وهو نية الإضرار بالزوجة و ليس بنية الإصلاح و التأديب.

فالمقصود هو الهجر العمدي المقصود لذاته نكاية بالزوجة، و تعذيباً لها، و ليس له ما يبرره لا شرعًا ولا قانونًا.

و معنى ذلك أن الزوج يهجر الفراش بسبب العمل في مكان بعيد، أو بسبب الخدمة الوطنية، وقد يهجر لمرض يعالجه في المستشفى أو ضعف جنسي، و كان يعالجه سرياً على زوجته لحاجة في نفسه، و في كل هذه الحالات على الزوج فقط أن يعلن عن سبب الامتناع عن معاشرة زوجته، وترى المحكمة أن العذر مقبول و المبرر معقول، تأمر الزوجة بالصبر حتى يزول السبب أو المرض.

أما إذا رأت المحكمة أنه مهمل لزوجته، أمرته بالعودة إليها، فإن لم يفعل و مرت الأربعة اشهر طلقها القاضي عليه لأنه ظلم للزوجة و الظلم يجب رفعه.

* تلك هي الشروط الأساسية، التي يجب على القاضي التأكد من توفرها ،حتى يتمكن من التطبيق السليم للفقرة الثالثة من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري، عندما تعرض عليه أية دعوى تتضمن طلب الحكم بالتفريق أو التطليق بين الزوجة و زوجها .

و إذا غاب عنصر واحد، سواءً العنصر المادي أو المعنوي أو الزمني، و لم تجتمع العناصر الثلاثة لا يجـوز للمحكمة أن تحكم للزوجة بالتطليق.

**رابعا** – في الفقرة الرابعة من المادة 53 ، أجاز المشرع للزوجة طلب التطليق عند الحكم بعقوبـة شـائنة مقيدة لحرية الزوج. لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة و تستحيل معها مواصـلة العشـرة والحياة الزوجية.

فيلاحظ كثرة الأوصاف المضافة إلى العقوبة فهي شائنة ومقيدة للحرية لمدة سنة، وفيها مساس بشـرف الأسرة و تستحيل معها العشرة. وفي الأصل الجريمة هي التي تمس بشرف الأسرة، وهي التي تـؤدي إلى استحالة استمرار الحياة الزوجية ، وليست العقوبة التي يحكم بها القاضي وهو غموض في الصياغة . عند وصف العقوبة بالشائنة، والعقوبة نطق بها القاضي والنتيجة هي وصف عمل القاضي بالشينة والقـبح، وترك العمل القبيح الذي ارتكبه المجرم.

ويكون الصواب –حسب بعض رجال القانون- كالتالي : ( الحكم بعقوبة لمدة أكثر من سنة عن أفعال شائنة ) .

بالإضافة إلى ذلك وبالرجوع إلى التقرير التكميلي لمشروع قانون الأسرة الجزائري يظهر قصـد المشرع من عبارة شائنة. حيث يقصد الأفعال التي تؤدي إلى زعزعة الثقة بين الزوجين، وبالتالي تولـد النفور بينهما، فالمعيار موضوعي ومرن، وهذه المرونة تسمح للقاضي أن يدخل فيها ما يشاء من الأفعال ويخرج عن دائرتها ما يشاء.

وهذا المعيار الموضوعي يتكون من شرطين، متى اجتمعا كان الفعل المعاقب عليه من الأسباب التي تسمح للزوجة بطلب التطليق و هما:

أ- تعلق الفعل بالجرائم الأخلاقية، و معيار الأخلاق واسع.

ب- أن تكون الإدانة متصلة بشرف الأسرة، حيث تشعر الزوجة أنها مست بعمق في كرامتها وحرمتها و قيمتها الاجتماعية، بل تكون نقطة سوداء كبيرة في جبين الأسرة، بما في ذلك الأبناء والأقارب.

**خامسا** – أجاز المشرع للزوجة طلب التطليق للغياب، وربط ذلك بثلاثة شروط أساسية هي مضي سنة، وبدون عذر أو مبرر شرعي، وعدم ترك النفقة لها.

وغياب شرط واحد من الثلاثة يسقط حقها في طلب التطليق بل أن دعواها لا تسمع لعدم لتأسيس .

- الملاحظ أنه لا ينبغي الخلط بين أحكام المادة 53 الفقرة 5 مع أحكام المادة 112 المتعلقة بوضعية الغائب و المفقود، لأن طلب التطليق استنادا إلى الفقرة الخامسة سببه معاقبة الزوج عن فعل الأضـرار بزوجتـه بينما التطليق استنادا إلى المادة 112 سببه دفع الضرر عن الزوجة و ليس حماية من الإضرار بها.

وهذا ما يبينه لنا مدى ما بينهما من اتحاد في النتيجة .

- بالإضافة إلى ذلك فإن الحالة الأولى التي تنص عليها المادة 53 الفقرة 5 تقتضي أن يكون الزوج معلوم المكان و محقق الحياة، أما الحالة الثانية التي تنص عليها المادة 112. فتفترض أن مكانه وحياته مجهـولين، وعليه فإذا فُقِد الزوج أو غاب و انقطعت أخباره ومكانه وحياته مجهولين، أو علم مكانه وثبتت حياته، ولكن ظروف قاهرة منعته من الرجوع وكان غيابه قد تسبب في إضرار الغير بما في ذلك الزوجة، فإنـه يجوز لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب التطليق بناءا على المادة 53 بالإحالة إلى المادة 112 .

- لقد ذكر المشرع الجزائري في المادة 53 / 6 جواز طلب الزوجة التطليق لكل ضرر معتـبر شـرعا، وعندما نتفحص العبارة جيدا نجدها مرنة، ويمكن عند الأخذ بمفهومها الواسع أن تشمل الضرر النـاتج عن عدم الإنفاق و العيوب و الهجر و العقوبة المقيدة لحرية الزوج و الغياب و الفقد وحتى الفاحشة. و لعل أن المشرع عندما فصّل الأمر إنما يريد من وراء ذلك التأكيد على حالات كثيرة الحـدوث علـى أرضية الواقع، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإن عبارة (كل ضرر معتبر شرعا ) تؤدي إلى توسـيع سلطة القاضي التقديرية للضرر الذي يسمح بالتطليق، وذلك ما يتماشـى مـع اخـتلاف الطبقـات الاجتماعية.

- أما بخصوص الأضرار التي تصيب الزوجة عند تعدد الزوجات، نلاحظ أنه بالإضافة إلى شـرط نيـة العدل و وجود المبرر الشرعي أضاف المشرع شرط علم الزوجة السابقة واللاحقة بذلك ورضاهمـا ( المادة 8 ق.أ.ج)، وإلا فإنه يجوز لكليهما طلب التطليق، استنادا إلى غش الزوج لإحداهما أو كليهما.

فالمشرع افترض وقوع الضرر، فلماذا لا يؤجل الأمر إلى غاية حدوث الضرر فعليا ؟.

كما أنه لم يحدد المدة التي يجوز فيها للزوجتين أو لإحداهما طلب التطليق، المبني على عدم الرضا بوجود الضرة، بل أنه ترك الأمر معلق. ومن الأحسن تحديد مدة تتقادم خلالها دعوى طلب التطليق المبنية على الضرر الناتج عن التعدد، وبالتالي تحرير الزوج من هذا السيف المسلط عليه باستمرار .

لقد ربط المشرع الجزائري الحكم بالطلاق بمحاولة الصلح في مرحلة أولى، فلا تطليق إلا بحكـم بعـد محاولة الصلح من طرف القاضي ( المادة 49 ق.أ.ج). متى كان حكم القاضي منشأً، و في مرحلة ثانية

اللجوء إلى التحكيم، بقصد فض النزاع عند تكرار شكوى الزوجة من الضرر اللاحق بها و العاجزة عن إثباته، وهو أمر جيد نص عليه المشرع الجزائري حفاظا منه ما أمكن على الأسر من التفكك والانحلال.

# فهــرس المــراجـــــع :

01- أحمد ديدات – **محمد ε الخليفة الطبيعي للمسيح عليه السلام** – ترجمة –يوف غول – دار الهدى للطباعة و النشر –عين مليلة الجزائر 1991.

02- الإمام ابن رشد – **بداية المجتهد ونهاية المقتصد** –الجزء الثاني –مطبعة المعاهد –مصر 1354 هـ .

03- الأستاذ السيد عبد الحافظ عبد ربه – **الثورة الاجتماعية** في **الإسلام** –دار الكتاب اللبناني –1980.

04- د/ إسحاق إبراهيم منصور –**موجز** في **علم الأجرام وعلم العقاب**- ديوان المطبوعات الجامعية1982.

05- السيد سابق – **فقه السنة** – الجزء الثاني – الطبعة السابعة – 1985- دار الكتاب العربي –بيروت.

06- الإمام أحمد الدردير - **الشرح الصغير على مختصره المسمى " أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك** – الجزء الثاني – المنشورات الإسلامية – الجزائر 1992.

07- أحمد محمد عساف : **الأحكام الفقهية** في **المذاهب الأربعة** –الطبعة الثانية – المجلد الثاني –دار إحياء العلوم –بيروت.

08- الدكتور السيد الجملي – **كتاب مرض الإيدز** – دار الشهاب –باتنة.

09- إبن منظور جمال الدين أبو الفضل – **لسان العرب**-دار المعارف القاهرة – ستة أجزاء .

10- الإمام أبي حامد محمد بن محمد الغزالي – **إحياء علوم الدين** – الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، دار القلم بيروت.

11- الإمام أبي بكر أحمد بن علي الرازي الجصاص الحنفي – **أحكام القرآن** –ثلاثة أجزاء –دار الكتاب العربي –بيروت.

12- إبن قيم الجوزية –**بدائع الفوائد** –المجلد الأول و الثاني – دار الكتاب العربي - بيروت .

13- ابن حمزة الحسيني – **البيان و التعريف** في **أسباب ورود الحديث الشريف** –دار الكتاب العربي – بيروت 1981.

14- **الأحكام الشرعية** في **الأحوال الشخصية** – على مذهب أبي حنيفة – تحقيق لجنة إحياء التـراث العربي -الطبعة الثانية 1980– دار الأفاق الجديدة –بيروت.

15- الإمام الحافظ شمس الدين الذهبي – **الكبائر** - دار الفكر بيروت.

16- الإمام أبي الطيب صديق بن حسن بن علي الحسيني القنوجي البخاري – **الروضة الندية شرح الدُرر البهية** –الجزء الثاني – دار الجيل بيروت.
17- الإمام ابن تيمية – **الفتاوي الكبرى** – الجزء الثالث – دار المعرفة بيروت.
18- أبى بكر هداية الله الحسيني – **طبقات الشافعية** – الطبعة الثانية 1979 – دار الأفاق الجديدة بيروت.
19- أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري - **صحيح البخاري** –بحاشية السندي – المجلد الثاني – الجزء الثالث- دار الكتاب المصري – دار الكتاب اللبناني.
20-**المنجد** في **اللغة و الإعلام** – الطبعة الثانية و العشرون – دار المشرق بيروت.
21- العربي بلحاج – **المدخل لدراسة التشريعي الإسلامي** - ديوان المطبوعات الجامعية 1988.
22- **الزواج و الطلاق** في **الشريعة و القانون** - تضمن قضاء المحكمة العليا – دار العلوم للنشر والتوزيع .
23- بدران أبو العينين بدران - **الفقه المقارن للأحوال الشخصية** بين **المذاهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري و القانون** – الجزء الأول- الزواج و الطلاق –طبعة 1967 – دار الطباعة و النشر بيروت –لبنان- .
24- (ـــ ، ـــ)- **العلاقات الاجتماعية** بين **المسلمين وغير المسلمين**– 1980 – دار النهضة العربية للطباعة و النشر-بيروت.
25- د/ بلحاج العربي – **الوجيز** في **شرح قانون الأسرة الجزائري** –الجزء الأول –طبعة 1999 – ديوان المطبوعات الجامعية .
26- (ـــ ، ـــ)- **أبحاث ومذكرات** في **القانون و الفقه الإسلامي** –الجزء الأول – ديوان المطبوعات الجامعية.
27- (ـــ ، ـــ)- **قانون الأسرة** – مبادئ الاجتهاد القضائي وفقاً لقرارات المحكمة العليا -ديوان المطبوعات الجامعية 1994.
28- بكوش يحي – **أدلة الإثبات** في **القانون** المدني **و الفقه الإسلامي**- الشركة الوطنية للنشر والتوزيع 1981.
29- بويزري سعيد –**محاضرات** في **قانون الأسرة الجزائري** –جامعة تيزي وزو –2000-2001.
30- جندي عبد المالك – **الموسوعة الجنائية** –المجلد الرابع –دار المؤلفات القانونية -بيروت -لبنان 1976.

31- د/ جبر محمود الفضيلات –**بناء الأسرة المسلمة على ضوء الفقه و القانون** – دار الطباعة والنشر الشهاب- باتنة .
32- دلاندة يوسف – **قانون الأسرة مدعم بأبحاث مبادئ واجتهادات المحكمة العليا** –دار هومـة – للطباعة والنشر –الجزائر 2001.
33- هنري باتيفول – **فلسفة القانون** –ترجمة د/ سموحي فـوق العـادة –الطبعـة الأولى 1972 –دار منشورات عويدات –بيروت لبنان .
34- **هدى الرسول ، مختصر من زاد المعاد** – اختصره محمد أبـُوزيد – الطبعة الخامسة – مطبعة الاستقامة القاهرة.
35- وهبة الزحيلي –**الفقه الإسلامي و أدلته** – الجزء السابع – الطبعة الأولى –دار الفكر بيروت 1984.
36- د/ يوسف القرضاوي – **هدى الإسلام – فتاوي معاصرة** في **شؤون المرأة والأسرة** – دار الشهاب باتنة – الجزائر 1987.
37- المستشار محمد عزمي البكري -**موسوعة الفقه و القضاء** في **الأحوال الشخصية** – الطبعة الثانية – 1994 دار محمود للنشر و التوزيع – مصر.
38- د/ محمد صبحي نجم – **شرح قانون العقوبات الجزائري** - ديوان المطبوعات الجامعية 1981.
39- (ـــ ، ـــ)- **محاضرات** في **قانون الأسرة الجزائري**- ديوان المطبوعات الجامعية 1980.
40- د / محمد حسنين – **الوجيز** في **نظرية الالتزام** –المصادر والأحكام في القانون المدني الجزائري – المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر 1983.
41- محمد علي راتب -**قضاء الأمور المستعجلة** – المجلد الأول – الطبعة السادسة – عالم الكتـاب – القاهرة 1976.
42- الإمام مالك بن أنس – **الموطأ** - الجزء الأول- علق عليه محمد فؤاد عبد الباقي - دار الكتاب المصري – دار الكتاب اللبناني.
43- العلامة محمد تقي الحكيم – **الأصول العامة للفقه المقارن** –الطبعة الثانية – 1979 – دار الأندلس للطباعة والنشر والتوزيع بيروت.
44- محمود شتلوت – **من توجيهات الإسلام** - الطبعة الثامنة 1987 – دار الشروق القاهرة.

45- (ـــ ، ـــ) - **تفسير القرآن الكريم** – الأجزاء العشرة الأولى – الطبعة الثانية 1981 – دار الشروق القاهرة.
46- محمد الميلي –عبد الله شريط – **الجزائر** في **مرآة التاريخ** – الطبعة الأولى 1965 – مكتبة البعث، قسنطينة.
47- مارسيل بوازار – **انسانية الإسلام** – ترجمة : دا عفيف دمشقية –طبعة أولى 1980 –دار الآداب – بيروت .
48- محمد حسين هيكل –**حياة محمد** – الطبعة الثالثة عشر 1975 –دار المعارف مصر.
49- محمد علي الصابوني – **من كنوز السنة** – الطبعة الثانية 1986 – دار البعث قسنطينة -الجزائر.
50- مولانا محمد علي – **الطلاق** في **الإسلام** – ترجمة - السيدة حبيبة يكن – كتبة صادر بيروت1950.
51- معوض عبد التواب – **الصيغ الشرعية لدعاوي الأحوال الشخصية** –دار المعارف – مصر 1986.
52- محمد أبو زهرة - **الأحوال الشخصية** – طبعة 1957 .
53- نور الدين عتر –**أبغض الحلال** – الطبعة الرابعة 1985 –مؤسسة الرسالة –دمشق.
54- الشيخ نصر بن محمد بن ابراهيم السمر قندي – **تنبيه الغافلين** –المكتبة الملكية –للأزهر– مصر.
55- الدكتورة سعاد إبراهيم صالح – **علاقة الأباء بالأبناء** في **الشريعة الإسلامية** –دراسة فقهية مقارنة -الطبعة الأولى –1981 – الناشر تهامة – جدة السعودية.
56- د / عبد الرحمان الصابوني ، -**شرح قانون الأحوال الشخصية السوري** –الجزء الثاني – الطلاق وآثاره – الطبعة الخامسة –1979- المطبعة الجديدة - دمشق.
57- د/ عبد المنعم فرج الصده –**أصول القانون**– 1979 – دار النهضة العربية - بيروت.

58- د/ علي علي سليمان –**دراسات** في **المسؤولية المدنية** في **القانون** المدني **الجزائري** –1984- ديوان المطبوعات الجامعية.
59- ( ـــ ، ـــ ) – **النظرية العامة للالتزام** – **مصادر الالتزام** – ديوان المطبوعات الجامعيـة – 1990.
60- عبد الرزاق السنهوري - **الوسيط** في **شرح القانون المدني** – الجزء الأول – دار إحيـاء التـراث العربي بيروت – 1952.

61- عبد العزيز سعد – **الزواج و الطلاق** في **قانون الأسرة الجزائري** - الطبعة الثانية – دار البعـث قسنطينة.
62- ( ـ ـ ـ ، ـ ـ ـ ) –**الجرائم الواقعة على نظام الأسرة** –الطبعة الأولى – الدار التونسية للنشر – المؤسسة الوطنية للكتاب –الجزائر.
63- عبد الرحمان الجزيري – **كتاب الفقه على المذاهب الأربعة** – 5 أجزاء –دار الفكر مصر – 1392 هـ.
64- عمر رضا كحالة – **سلسلة بحوث اجتماعية** – الجزء 3 – 5 مؤسسة الرسالة – بيروت – الطبعة الثانية 1984.
65- عبد الحميد خراز – **فلسفة الزواج وبناء الأسرة** في **الإسلام** – الطبعة الثانية 1987 – دار الشهاب باتنة.
66- الشيخ عبد الله النوري - **سألوني عن المرأة** – ذات السلاسل – الكويت – 1986.
67- عبد المعين لطفي جمعة –**موسوعة القضاء**- في المسؤولية المدنية التقصرية العقدية – الكتاب الأولى الجزء الثالث – الناشر عالم الكتاب –القاهرة 1979.
68- عبد الفتاح تقية، **مباحث** في **قانون الأسرة الجزائري** – دار الطبع –ثالة 1999-2000.
69- فؤاد إفام البستاني – **منجد الطلاب** –دار المشرق – بيروت 1999 –الطبعة 46.
70- د / فتحي الدريني - **نظرية التعسف** في **استعمال الحق** – الطبعة الثالثة –1981- مؤسسة الرسالة بيروت .
71- فضيل سعد –**شرح قانون الأسرة الجزائري** في **الزواج و الطلاق** –الجزء الأول –1985 –المؤسسة الوطنية للكتاب - الجزائر.
72- د/ رضا فرج – **شرح قانون العقوبات الجزائري** – الطبعة الثانية 1976 – الشركة الوطنية للنشـر والتوزيع الجزائر.
73- قانون رقم 84- 11 مؤرخ في 9 يونيو 1984 المتضمن **قانون الأسرة الجزائري**.
74-الأمر رقم 66 – 156 الصادر في 8 جوان 1966 المتضمن **قانون العقوبات** .
75- قانون رقم 75- 58 الصادر في 29 –0– العلامة إبن حمزة الحسيني الدمشقي –9- 1975 المتضمن **القانون المدني الجزائري**.

76- الأمر رقم 154/1966 معدلاً بالأمرين 77/69 ، 80/71 مؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 المتضمـن **قانون الإجراءات المدنية.**
77- **المجلة القضائية** – تصدر عن قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا – العدد الرابع – 1989.
78- **المجلة القضائية** – تصدر عن قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا – العدد الثالث – 1991.
79- **المجلة القضائية** – تصدر عن قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا – العدد الرابع – 1991.
80- **المجلة القضائية** – تصدر عن قسم المستندات و النشر للمحكمة العليا – العدد الثاني – 1992.
81- **المجلة القضائية** – تصدر عن قسم الوثائق للمحكمة العليا – العدد الأول –1997.
82- **الاجتهاد القضائي** ( **قرارات المجلس الأعلى**) – نشر بمساعدة المصالح التقنية لوزارة العدل - ديوان المطبوعات الجامعية –الجزائر.

*** ملاحظـة** : المراجع رُتبت ترتيبا أبجديا .

## * معـــاني الكلمــات المختصــرة :

| | |
|---|---|
| - **ق.أ.ج** = قانون الأسرة الجزائري. | - **ق.م** = القانون المدني. |
| - **ق.ع** = قانون العقوبات. | - **ق.إ.م** = قانون الإجراءات المدنية. |
| - **ق.إ.ج** = قانون الإجراءات الجزائية . | - **م.ع** = المحكمة العليا. |
| - **غ.أ.ش** = غرفة الأحوال الشخصية. | - **غ.ق.خ** = غرفة القانون الخاص. |
| - **م.ق** = مجلة قضائية . | - **ن.ق** = نشرة قضائية. |

فهـرس الموضـوعـات

**رقم الصفحة** **المـوضـوع**